

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico impende analisar a possibilidade jurídica de utilização dos maus antecedentes na dosimetria da pena, no momento da fixação da pena-base, tendo como fundamento as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, as quais se constituem como parâmetro para análise de cada caso concreto pormenorizadamente.

Como problemática, suscita-se a constitucionalidade da utilização dos maus antecedentes (inquéritos policiais em andamento e ações penais em curso) na dosimetria da pena, tendo em vista que, tal prática, aparentemente, viria a confrontar princípios constitucionais como o que estabelece a presunção de inocência.

O problema-base tem como intuito verificar de qual forma é empregado o princípio da presunção de inocência no momento da dosimetria da pena e, com amparo em qual análise o magistrado fixa a pena-base quando da prolação da sentença penal condenatória, fundamentando-se em quais circunstâncias judiciais para elevar a pena mínima imposta ao acusado utilizando os maus antecedentes (inquéritos policiais em andamento e ações penais em curso) como condições prejudiciais ao acusado.

Não se pode olvidar que o atual ordenamento jurídico, com fulcro em uma Constituição de cunho humanitário, trata de princípios intrínsecos ao processo penal condenatório, dentre eles o da presunção de inocência. O Estado, como verdadeiro detentor do *jus puniendi*, avoca para si o dever de criar tipos penais e, conseqüentemente, punir os infratores que àqueles não dispensam respeito.

Desse modo, depois de infringidas as normas penais e, constatada a existência dos pressupostos necessários, deve ser deflagrado um processo penal baseado em princípios garantidos, *a priori*, na Constituição da República, oportunizando ao acusado todos os meios possíveis para que se defenda dos fatos a ele imputados.

Ato contínuo, caso seja o acusado considerado culpado pela prática de determinado ilícito penal, será ele condenado, avaliando-se circunstâncias específicas para fixação do *quantum* condenatório, as quais vêm divididas dentre as três fases da dosimetria da pena, cada qual com peso e relevância ímpar.

A pesquisa se inicia analisando no primeiro capítulo a base principiológica da dosimetria da pena, os parâmetros legais para fixação da pena-base, bem como uma breve explanação acerca dos maus antecedentes na ordem constitucional brasileira.

Por conseguinte, no segundo capítulo trata-se especificamente sobre os maus antecedentes na dosimetria da pena, esmiuçando os pormenores da Primeira Fase da dosimetria e como devem ser sopesadas as circunstâncias judiciais insertas no artigo 59 do Código Penal.

Por fim, no terceiro capítulo tem-se toda a discussão referente à utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso como prejudiciais da conduta social e da personalidade do agente, não descuidando do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, bem como da mudança de entendimento de alguns ministros da Corte Suprema, colacionando o ensinamentos de doutrinadores reconhecidos no meio jurídico, os quais ousam opinar sobre a matéria.

Ocorre que no momento da fixação da pena-base são avaliadas condições pessoais do acusado (personalidade, conduta social etc.), sendo então essa primeira fase fundamentada apenas no artigo 59 do Código Penal. Todavia, como se sabe, há diversos casos em que são usadas ações penais em curso e inquéritos policiais em andamento, inseridos na conduta social e personalidade do agente, para elevar a pena-base, atitude esta em latente contradição com o princípio da presunção de inocência.

Nessa trilha, o estudo se desenvolve no sentido de compreender se é correta a aplicação dos maus antecedentes na dosimetria da pena, mas aplicados em outras circunstâncias judiciais que não seja a relacionada aos antecedentes do acusado, embora estejam todas previstas no artigo 59 do Estatuto Repressivo.

Optou-se para o desenvolvimento da pesquisa a utilização de referências bibliográficas e jurisprudenciais. Priorizar-se pela compilação de dados como método, a qual se sustenta na leitura de doutrinas, artigos jurídicos, leis e tudo mais relacionado com o tema em questão. Ademais, quanto ao raciocínio, a técnica utilizada é a hipotético-dedutiva, ou seja, do geral ou genérico, pretende-se chegar ao particular.

Nesse passo, vislumbra-se a necessidade de trazer respostas, mesmo que singelas, ao tema em apreço, pois se percebe no cotidiano a dificuldade enfrentada por profissionais do direito ao se surpreender com sentenças condenatórias em que o magistrado utiliza os maus antecedentes como condição prejudicial à conduta social e à personalidade do acusado.

Desta feita, ocorre que é necessário sopesar acerca da constitucionalidade da utilização dos maus antecedentes na fixação da pena-base, trazendo à baila todo o contexto em que se baseiam os magistrados para prolatar suas decisões, usando-se das circunstâncias judiciais como parâmetro.

No estudo em tela, verifica-se a presença de opiniões dos diversos operadores do Direito que ousaram se manifestar sobre a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena base do acusado, bem como os julgados dos Tribunais pátrios, principalmente do Supremo Tribunal Federal, o principal expoente da matéria, inclusive com Repercussão Geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 591.054 do Estado de Santa Catarina.

Insta vincar o escólio de doutrinadores como Cezar Roberto Bitencourt, Fernando Capez, Fernando da Costa Tourinho Filho, Guilherme de Souza Nucci, Paulo Rangel, Luigi Ferrajoli, Ricardo Antônio Andreucci, Rogério Greco e Rogério Sanchez Cunha, os quais elucidaram de forma minuciosa o tema da presente pesquisa, contribuindo para o enriquecimento do trabalho e proporcionando uma melhor compreensão acerca da utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso como prejudiciais na dosimetria da pena.

1. DA DOSIMETRIA DA PENA

Neste capítulo pretende-se realizar um apanhado geral acerca da dosimetria da pena e dos maus antecedentes, seus principais pontos de destaque e, ainda, analisar conceitos importantes para uma melhor compreensão acerca da constitucionalidade da utilização de maus antecedentes como prejudiciais na dosimetria da pena.

1.1. Considerações Iniciais – Aspectos Principiológicos sobre a Dosimetria da Pena

Antes de adentrar no tema citado alhures, calha, primeiramente, fazer uma reflexão geral sobre a dosimetria da pena, seus princípios norteadores e demais institutos que sobre ela incidem.

Diante do atual ordenamento jurídico pátrio, infere-se que existe a obrigatoriedade de respeitar um processo penal humanitário, com a utilização da pena a fim de não somente repreender, mas principalmente ressocializar e reintegrar o apenado à comunidade, pois segundo Alencar e Távora (2013, p. 38), “o processo é o instrumento de atuação da jurisdição. É a principal ferramenta para solucionar os conflitos de interesse que se apresentam”.

Nesse compasso, o Direito Penal contemporâneo tem como escopo, nos dizeres de Capez (2011, p. 19), “proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc., denominados bens jurídicos”. Sendo assim, é de suma importância que se garanta ao acusado da prática de ilícito penal, desde a fase preliminar de investigação, certa proteção quanto à sua culpabilidade, pois é imprescindível deflagrar um processo que analise sua conduta perante a sociedade, dada a reprovabilidade de seu ato.

Deste modo, ao admitir que a seara criminal é a única capaz de resolver o problema quanto à ofensa aos bens jurídicos mais importantes para a população, Capez (2011, p. 27) dispõe que o Direito Penal “[...] exerce uma função de ordenação dos contratos sociais, estimulando as práticas positivas e restando as perniciosas [...]”. Consequentemente se chega à conclusão de que todos os outros ramos jurídicos do Direito falharam em tentar adequar o suposto infrator ao meio social, haja vista o Direito Penal ser denominado como *ultima ratio*, ou seja, o último instrumento com capacidade para dar resposta à questão, pois aqueles anteriormente utilizados foram inúteis, seja porque foram insuficientes ou aplicados de forma errônea.

Dessa maneira, tendo em vista a necessidade de se criar um processo hígido que consiga verificar imparcialmente a conduta do acusado, a Constituição da República trouxe princípios norteadores para o processo penal brasileiro, os quais vêm vertidos em todo o texto constitucional, visando dar efetividade aos direitos dos acusados da prática de infração penal, já que Alencar e Távora (2013, p. 58) elucidam que “[...] às partes deve ser dada a possibilidade de influir no convencimento do magistrado, oportunizando-se a participação e manifestação sobre os atos que constituem a evolução processual”, pois possuem, independentemente do ilícito cometido, a garantia de ter protegida sua dignidade.

Nessa vereda, segundo Cunha Jr. e Novelino (2014, p. 27) “as garantias individuais são instrumentos criados para assegurar a proteção e efetividade dos direitos fundamentais. Não são, portanto, um fim em si mesmo, mas um meio a serviço de um direito substancial”.

Com a promulgação da Constituição Republicana de 1988, os acusados de delitos penais tiveram a ampliação do rol de direitos a eles inerentes, trazendo um farto conjunto de garantias individuais antes não existentes, possibilitando, então, por meio do processo, que o suposto infrator demonstre sua versão dos fatos, oportunizando-lhe meios para se proteger perante o *jus puniendi* do Estado, pois, segundo Alencar e Távora (2013, p. 54) “[...] o processo penal deve estar pautado e ter por vetor principal a Constituição Federal [...]”.

Dentre os vários princípios processuais penais encontrados na Constituição da República, pode-se citar um de grande influência nos processos criminais, qual seja, o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, disciplinado no artigo 5º, inciso LVII, dispondo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, CRFB, 2015).

A par disso, Alencar e Távora (2013, p. 36) esclarecem que “no embate criminal, teremos, de um lado, a pretensão do Estado de fazer valer o direito material, aplicando-se a pena ao caso concreto, e, do outro, o *status libertatis* do imputado, que só pode ser apenado após o devido processo legal”.

Dessa maneira, com o intuito de criar um processo penal humanitário, viu-se a necessidade de especificar limites a serem respeitados pelo julgador, uma vez que não se poderia atribuir ao indivíduo ocupante de tal função o poder de decidir de acordo com seu alvedrio. Assim, estar-se-ia dando azo a futuras sentenças discrepantes, calcadas de ilegalidade e abuso de poder, tendo em vista que Nucci (2014, p. 403) traz que “[...] o juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo, abstratamente, fixados para a pena), deve eleger o *quantum* ideal, valendo-se do seu livre convencimento

(discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada)”.

Por conseguinte, o legislador cuidou de especificar regras a serem seguidas no processo penal utilizado para averiguar a materialidade e a autoria no cometimento do delito, desde a fase do inquérito policial até o momento da prolação do *decisum* condenatório, momento este que se delimita a reprimenda a ser aplicada ao condenado, localizadas no artigo 68¹ do Código Penal, impondo ao magistrado circunstâncias que devem ser sopesadas na dosimetria da pena.

Desta senda, depois de infringidas as normas penais e, constatada a existência dos pressupostos necessários, deve ser deflagrado um processo penal baseado em princípios garantidos, *a priori*, na Constituição da República, oportunizando ao acusado todos os meios possíveis para que se defenda dos fatos a ele imputados, já que Alencar e Távora (2013, p. 68) elucidam que “[...] o devido processo legal é o estabelecido em lei, devendo traduzir-se em sinônimo de garantia, atendendo assim aos ditames constitucionais [...]”.

Nesse trilho, caso seja o acusado considerado culpado pela prática de determinado ilícito penal, será ele condenado, avaliando-se circunstâncias específicas para fixação do *quantum* condenatório, as quais vêm divididas dentre as três fases da dosimetria da pena, cada qual com peso e relevância ímpar, visando coibir a prática de novos delitos, aplicando-se a respectiva pena. Segundo Nucci (2014, p.337), a pena “é a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes”.

Em vista disso, deve o julgador se pautar nas circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal para a fixação da pena-base, sendo-lhe imposto um limite legal de avaliação das causas que podem elevar o mínimo da pena-base, não permanecendo ao seu bel prazer a delimitação da pena a ser aplicada ao acusado na 1ª fase da dosagem.

Sendo assim, a dosimetria da pena não tem caráter estritamente legalista, sendo fundada também em princípios regentes do Direito Penal, os quais visam dar ênfase à situação do acusado, evitando a ocorrência de injustiças no momento dos julgamentos.

¹ Art. 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. Parágrafo único. No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

1.2. Da Aplicação da Pena Base e os Parâmetros Legais

Ao manusear o Código Penal, verifica-se que este cuidou de trazer em seu artigo 59 as circunstâncias a serem observadas na Primeira Fase da Dosimetria da Pena, buscando evitar juízos decisórios sem limites legais.

Calha trazer à baila o texto do artigo 59 do Estatuto Repressivo (BRASIL, CP, 2015). Vejamos:

Art. 59. O juiz, atendendo à **culpabilidade**, aos **antecedentes**, à **conduta social**, à **personalidade do agente**, aos **motivos**, às **circunstâncias e consequências do crime**, bem como ao **comportamento da vítima**, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]. (grifo nosso)

Diante do dispositivo legal acima, nos termos do artigo 59 do Código Penal, a primeira etapa de aplicação da sanção penal parte da fixação da pena-base, considerando o preceito secundário previsto no tipo incriminador, seja ele simples ou qualificado, sobre o qual vão incidir as circunstâncias judiciais acima especificadas.

No que tange à culpabilidade, segundo Greco, tem-se que (2011, p. 154) “a censurabilidade terá como função fazer com que a pena percorra os limites estabelecidos no preceito secundário do tipo penal incriminador”. Desta forma, se resume na reprovabilidade da conduta, haja vista as condições pessoais do imputado e as características do crime.

Em seguida, têm-se os antecedentes, os quais se fundam na vida pregressa do agente, analisando suas atitudes antes do crime e, com amparo no escólio de Greco (2011, p. 154), “dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência”.

Acerca da conduta social, busca-se verificar o comportamento do agente diante da sociedade, averiguando a relação com seus familiares, amigos, vizinhança, em seu local de trabalho. Se demonstra momentos de agressividade, se possui algum vício, o que no ato da dosimetria da pena influenciará na fixação da pena-base.

No que diz respeito à personalidade do agente, Greco (2011, p. 156) salienta que o juiz não possui entendimento técnico para analisar tal circunstância, pois deve ser feita uma ponderação de toda a sua vida, desde a infância do acusado, sendo os psiquiatras, psicólogos etc. os únicos que detêm condições de avaliar essa circunstância judicial. Podemos considerá-la como o retrato psíquico ou mental do agente.

Ato contínuo, os motivos do crime se resumem no “porquê” do cometimento do ilícito penal, devendo ser aquelas razões que antecederam e levaram à prática do delito, consubstanciados na soma de fatores que embasaram tal infração penal.

No que concerne às circunstâncias do crime, conforme pontua Cunha (2013, p.396), referem-se “a análise da maior ou menor gravidade do crime espelhada pelo *modus operandi* do agente. São as condições de tempo e local em que ocorreu o crime, a relação do agente com a vítima, os instrumentos utilizados para a prática delituosa etc.”.

Logo após, tem-se as consequências do crime, pautadas por Cunha (2013, p. 396) como “os efeitos decorrentes da infração penal, seus resultados, particularmente para a vítima, para sua família ou para a coletividade”.

E, por fim, pode a vítima ter contribuído, com seu comportamento, para a prática do ilícito penal pelo agente. Contudo, Cunha (2013, p. 397) traz que “a culpa concorrente da vítima não elide, não compensa a culpa do agente. Porém, a culpa concorrente da vítima pode atenuar a responsabilidade do agente. Da análise do comportamento da vítima é possível a atenuação da responsabilidade do agente”.

Em suma, Cunha (2014, p. 162) dispõe que “nesta 1ª etapa (busca da pena-base), o juiz está atrelado aos limites mínimo e máximo abstratamente previstos no preceito secundário da infração penal (art. 59, inc. II), não podendo suplantá-los”.

Em arremate, vê-se que cada uma das circunstâncias judiciais que norteiam toda a 1ª fase da dosimetria da pena, segundo Greco (2014, p. 568),

[...] deve ser analisada e valorada individualmente, não podendo o juiz simplesmente se referir a elas de forma genérica, quando da determinação da pena-base, sob pena de se macular o ato decisório, uma vez que tanto o réu como o Ministério Público devem entender os motivos pelos quais o juiz fixou a pena-base naquela determinada quantidade.

Por fim, é visível a importância das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal na dosimetria da pena, delimitando a fixação da pena mínima que servirá de base para o aumento ou diminuição nas demais fases.

1.3. Dos Maus Antecedentes

Viu-se que dentre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal tem-se os antecedentes, os quais são objeto de constante estudo no intuito de atribuir um conceito básico acerca do que são maus antecedentes e sua utilização na seara penal.

Como se percebeu acima, os antecedentes integram as circunstâncias judiciais dispostas no artigo 59 do Código Penal, utilizados para fins de fixação da pena-base do acusado, incidindo diretamente no *quantum* mínimo da condenação, com fundamento na vida pregressa do agente, ou seja, seus atos antes do cometimento do delito.

Vale lembrar que com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória e, com o cometimento pelo condenado de novo delito, durante o cumprimento da respectiva pena a ele atribuída, ocorre o fenômeno da reincidência, disciplinado pelo Código Penal em seu artigo 63².

Neste lanço, de acordo com Cunha (2014, p. 162) “será reincidente (circunstância agravante – art. 61, I) aquele que cometer crime após o trânsito em julgado da sentença que o condenou por crime anterior e permanecerá nesta condição enquanto cumprir pena ou enquanto não estiver extinta sua punibilidade”.

Todavia, quando o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ocorrer depois do cometimento do novo delito, não há reincidência, mas configura maus antecedentes, os quais figuram como prejudiciais na 1ª fase da dosimetria da pena.

Dessa forma, o condenado não reincidente tem benefícios que, se reincidente fosse, não teria, como a fixação de regime menos gravoso na sentença, o benefício do *sursis* na execução da pena etc., porém, ainda conterà em sua certidão de antecedentes uma condenação anterior, mas que não será levada em conta para fins de reincidência.

Sendo assim, Cunha (2014, p. 162) salienta que “deve ser alertado, desde logo, que somente condenação transitada em julgado, incapaz de gerar reincidência, serve como maus antecedentes (respeitando-se o princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpa)”.

Nesse passo, o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, STJ, 2015) cuidou de editar a Súmula nº 444, elucidando que “**é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena base**”. (grifo nosso)

² Art. 63. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Nesse ínterim, os julgadores se eximiram de utilizar os inquéritos policiais e ações penais em curso como prejudiciais dos antecedentes do acusado, pois haveria escancarada ofensa ao princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade.

Nesse caminhar, servindo de fundamento, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (BRASIL, TJMG, 2014) decidiu de acordo com a referida súmula. Vide:

APELAÇÃO CRIMINAL - NÃO OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO - AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO PARA A ACUSAÇÃO - PRELIMINAR REJEITADA - MÉRITO - PROCESSOS AINDA EM FASE DE INSTRUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE VALORÁ-LOS PARA A ANÁLISE DESFAVORÁVEL DA PERSONALIDADE DO CONDENADO -SUM. 444 STJ - SANÇÕES MANTIDAS - CONSEQUENTE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM FACE DA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. - Evidenciado que ainda não ocorreu o trânsito em julgado da sentença para a acusação, resta inviável a análise da prescrição da pretensão punitiva pela pena carcerária aplicada, conforme inteligência do art. 110, caput e § 1º, do CP. - **A utilização de ações penais em curso para se valorar, na fixação da pena-base, de forma desfavorável ao condenado, a circunstância judicial da personalidade viola o princípio constitucional da não-culpabilidade. - Nos termos da Súm 444 do STJ: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base". - Ocorrida a prescrição da pretensão punitiva, resta extinta a punibilidade do agente, nos termos do art. 107, IV, do CP. (TJMG - Apelação Criminal 1.0153.09.092273-0/001, Relator(a): Des.(a) Cássio Salomé , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 04/12/2014, publicação da súmula em 12/12/2014). (grifo nosso)**

Destarte, o TJMG expressa a regra insculpida no enunciado nº 444 da Súmula do STJ, o que demonstra o consenso entre os julgadores das Cortes locais, com entendimento pacificado acerca do tema.

Então, pode-se afirmar que maus antecedentes, de acordo com Bitencourt (2012, p.758), são “aqueles fatos que merecem a reprovação de autoridade pública e que representam expressão de sua incompatibilidade para com os imperativos ético-jurídicos”.

Ante esses julgados, vislumbra-se uma aplicação ampla da Súmula nº 444 do STJ. Contudo, permanece a prática rotineira de alguns juízes em utilizar inquéritos policiais e ações penais em curso para elevar a pena base do acusado.

Ainda, trilhando o mesmo rumo, tem-se o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (BRASIL, TJSC, 2014):

APELAÇÃO CRIMINAL. RECEPÇÃO (ART. 180, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR.

ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO FEITO, SOB A TESE DE AUSÊNCIA DE DEFESA. IMPROCEDÊNCIA. RÉU DEVIDAMENTE ASSISTIDO POR DEFENSORES DURANTE TODO O FEITO. PREFACIAL REJEITADA. MÉRITO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. RES DE ORIGEM ILÍCITA QUE SE ENCONTRAVA NA POSSE DO AGENTE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA QUE SE IMPÕE. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL OU DE PROVA DA ORIGEM LÍCITA DO BEM. DOLO EVIDENCIADO. CONDENAÇÃO INARREDÁVEL. PLEITO DE ABRANDAMENTO DA PENA. MÁ VALORAÇÃO DE CONDUTA SOCIAL COM FULCRO EM **AÇÕES PENAIS NAS QUAIS NÃO HOUE CONDENAÇÕES PENAIS. DESCABIMENTO. AFRONTA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA (ART. 5º, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). SÚMULA 444 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.** CONSEQUENTE EXPURGO DE REFERIDA MAJORAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Uma vez comprovado que o acusado foi assistido por advogados durante todo o feito, e não demonstrado o prejuízo suportado por conta da suposta deficiência da defesa realizada no decorrer da ação, impossível dar acolhida à tese recursal de ausência de defesa. Com efeito, o fato de a linha de ação adotada pelo anterior defensor técnico do acusado distanciar-se do que seu atual procurador compreende como ideal, é evidente, não corresponde à ausência de defesa e, conseqüentemente, não enseja a nulidade do feito. 2. Impossível a absolvição quando os elementos contidos nos autos formam um conjunto sólido, dando segurança ao juízo para a condenação. **3. A Súmula n. 444 do Superior Tribunal de Justiça sedimentou que "é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".** (TJSC, Apelação Criminal n. 2013.082710-7, de Joinville, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 09-12-2014). (grifo nosso)

Por outro enfoque, na prática, os magistrados aparentemente procuram alguma lacuna, desrespeitando o enunciado nº 444 da Súmula do Colendo STJ, inclusive a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal aceita a utilização de inquéritos policiais e ações penais em andamento como prejudiciais da conduta e da personalidade do agente.

Nessa esteira, impende salientar os julgados da Segunda Turma do STF (BRASIL, STF, 2014). Veja-se:

PENAL. CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. **DOSIMETRIA DA PENA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE** DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. RECURSO ORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. **I – A sentença condenatória não merece reparo, pois o juízo sentenciante fixou a pena-base 1 (um) ano acima do mínimo legal em razão dos maus antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente. [...]** (HC 94.655/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia). **IV – Recurso ordinário ao qual se nega provimento.**(RHC 122977, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 12/08/2014, PROCESSO

ELETRÔNICO DJe-162 DIVULG 21-08-2014 PUBLIC 22-08-2014). (grifo nosso)

HABEAS CORPUS. PENAL. PACIENTE CONDENADO PELO DELITO DE FURTO QUALIFICADO. FIXAÇÃO DA PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. REGIME INICIAL ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. I – **A sentença condenatória não merece reparo, pois o juízo sentenciante agravou a pena-base em 1/6 (um sexto) em razão dos maus antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente.** Prosseguindo na dosimetria da reprimenda, o magistrado não identificou a presença de atenuantes ou agravantes, nem causas de aumento ou diminuição de pena, razões pelas quais tornou definitiva a sanção em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão (4 meses acima do mínimo legal). [...]. VI – Ordem denegada.(HC 121602, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, **Segunda Turma**, julgado em 20/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 05-06-2014 PUBLIC 06-06-2014). (grifo nosso)

Nesse vértice, analisando os julgados da Primeira Turma do STF, conclui-se que o Pretório Excelso está em dissenso quanto à utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para majorar a pena base fixada na 1ª fase da dosimetria da pena, tendo em vista as circunstâncias judiciais.

Insta vincar o voto do Ministro Vicente Leal, pertencente à Sexta Turma do STJ, durante o julgamento do HC 18864 MS 2001/0129913-0 (2002, p. 01), trazendo que “o conceito de maus antecedentes não se confunde com o de primariedade, que diz respeito à ausência de condenação transitada em julgado, sendo certo que para a configuração dos maus antecedentes basta que se verifique a participação do agente em práticas outras ilegais e repreensíveis”.

Em verdade, aparentemente não existe consenso doutrinário e muito menos jurisprudencial acerca do assunto, pois há constantes decisões de órgãos colegiados no sentido de reformar e, de modo contrário, de manter a sentença do juiz de primeiro grau, fato este causador de grande controvérsia.

Com efeito, em que pese parecer ser um tema que não gere polêmicas ou dúvidas no momento da dosimetria da pena, os antecedentes criminais trazem consigo grande controvérsia quando de sua interpretação, tanto doutrinária como jurisprudencial. Principalmente quando a discussão adentra na conceituação de maus antecedentes para fins de elevação da pena base, tendo em vista o artigo 59 do Código Penal.

Dessarte, o conceito de maus antecedentes não deve ser confundido com primariedade, já que esta se resume na ausência de condenação transitada em julgado e aquele diz respeito ao fato de o indivíduo ter se envolvido em situações pretéritas que desabonem sua conduta.

Em suma, Garcez (2012) traz que “maus antecedentes são tudo o que remanesce da reincidência. Ou seja, decorrido o prazo de cinco anos, por exemplo, do cumprimento da pena (período no qual há reincidência) deixa o indivíduo de ser considerado reincidente, mas carregará ele em sua ficha o gravame de maus antecedentes”.

Diante de tais premissas, o conceito de maus antecedentes deve englobar todo o histórico criminoso do agente, sem que com isso ocorra ofensa ao princípio da não culpabilidade. Sendo assim, consideram-se como maus antecedentes as condutas criminosas cometidas anteriormente pelo acusado, as quais são passíveis de utilização para fins de aumento da pena base a ser fixada na Primeira fase da dosimetria.

Ao analisar detidamente o assunto, a doutrina majoritária aparentemente tem considerado que qualquer registro do indivíduo por ter se envolvido em um delito são antecedentes. Isto é, tudo o que consta na folha de antecedentes do réu já é suficiente para configurar maus antecedentes criminais.

Como se pode observar, segundo o artigo 386³ do Código de Processo Penal, o magistrado irá absolver o réu quando o fato não se tratar de infração penal, não houver prova de que o fato existiu, existir prova de que o réu não concorreu para o delito, não houver prova de que o réu concorreu para a infração penal, estiver o réu amparado por causas excludentes do crime ou que o isentem de pena ou quando não houver prova suficiente para a condenação (princípio *in dubio pro reo*).

Por outro prisma, dependendo do tipo de absolvição, esta não é considerada como declaração de inocência hábil a isentar o acusado de possuir maus antecedentes, tendo em vista a folha de antecedentes do réu, ostentando outros fatos desabonadores na seara penal. De sorte que, se, por exemplo, a absolvição não se der por: atipicidade; inexistência do fato; inexistência de autoria do acusado; ou causas de isenção e excludentes de ilicitude, ao acusado, restará a condição de portador de maus antecedentes.

Por fim, com base nas considerações acima, maus antecedentes são os registros criminais do acusado, seja em sua ficha existente no âmbito da Delegacia de Polícia, seja no Poder Judiciário, podendo ser utilizados como prejudiciais à conduta e à personalidade do agente no momento da condenação.

³ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I – estar provada a inexistência do fato; II – não haver prova da existência do fato; III – não constituir o fato infração penal; IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII – não existir prova suficiente para a condenação.

O presente capítulo buscou trazer a compreensão da Primeira fase da dosimetria da pena e das conceituações básicas de maus antecedentes, amparando a discussão que se iniciará no próximo capítulo desta pesquisa, o qual tratará do estudo que explicitará a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para aumentar a pena base do acusado.

2. DOS MAUS ANTECEDENTES COMO PREJUDICIAIS NA DOSIMETRIA DA PENA

O presente capítulo traz à baila os argumentos que ensejam a aplicação dos maus antecedentes como prejudiciais na dosimetria da pena, indo de encontro ao Enunciado nº 444 da Súmula do STJ, utilizando-se dos inquéritos policiais e ações penais em curso para valorar negativamente a conduta social e a personalidade do agente.

O Direito Penal é o modo pelo qual o Estado estipula os tipos penais e seus respectivos preceitos secundários, ou seja, o crime com sua pena em abstrato. Ocorre que não são aqueles valores, obrigatoriamente, que os magistrados aplicam na apuração da pena base, pois no momento da aplicação da pena deve ser feita sua dosagem em três fases distintas, com base nos artigos 59 e 68 do Código Penal, tendo cada caso concreto sua pena de modo individualizado.

Pelo ordenamento vigente, assim, ao individualizar a aplicação de uma pena, impondo-a de maneira proporcional e eficaz a determinado indivíduo, deve-se obedecer a um método que compreende três fases, pelo qual, conforme redação o artigo 68 do Código Penal: “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.” Tem-se como benefício da utilização deste método de aplicação de pena o fato de se apresentarem mais detalhadas as razões do magistrado, ao escolher e aplicar a sanção em determinada medida.

Sob este prisma, conclui-se que a dosagem da pena ocorre tão somente após a instrução e julgamento da causa, ou seja, após o convencimento do juízo acerca da materialidade e da autoria. O Juízo sentenciante, respeitando o mínimo e o máximo em abstrato previsto no tipo penal pelo qual restou incurso, irá cominar a sanção justa apta a reprovar e prevenir o crime.

O sistema adotado pelo Código Penal Brasileiro para fixação das penas, conforme preceitua Cunha (2014, p. 186), é o de Nelson Hungria, previsto no artigo 68 da lei penal, o qual prescreve um procedimento que congrega três diferentes etapas. A pena-base, nesse sistema trifásico de aplicação das sanções penais, é entendida como a dosimetria inicial da pena a ser aplicada, devendo situar-se, necessariamente, dentro dos limites típicos, ou seja, entre o máximo e o mínimo previstos como pena abstrata para determinada conduta.

Conforme prescreve o artigo 68 do Código Penal, ela é aferida na primeira etapa do processo de dosimetria da pena, sendo, via de regra, modificada nas etapas seguintes do procedimento, quando são consideradas as circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como as causas de diminuição e aumento da pena. A pena-base tem significativa importância por determinar concretamente o *quantum de pena* sobre o qual incidirão, caso estejam presentes as circunstâncias previstas nas demais fases do procedimento, promovendo assim uma penalização individualizada.

Em vista disso, o trabalho de fixação da pena é regulado por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição da República e artigos 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal. Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta, porém, é no *caput* do artigo 59 da lei penal que estão elencados os critérios norteadores da fixação da pena na primeira etapa do procedimento trifásico.

Consideradas por Capez (2014, p. 478) como circunstâncias inominadas, elas conferem ao Juízo margem de discricionariedade para fixar uma pena-base que entender adequada e suficiente tanto para a reprovação do crime, como para sua prevenção. Sendo assim, os critérios arrolados neste artigo orientam o julgador nesta primeira etapa da dosimetria da pena.

Ou seja, a partir dos critérios elencados na lei penal, deve derivar uma pena que seja individualizada, necessária e suficiente para promover a reprovação, que, grosso modo, pode ser entendida como a punição do agente *porque delinuiu* e a prevenção, que dividida em geral e especial, também grosso modo, teria como finalidades, respectivamente, *fazer com que outras pessoas não venham a delinquir* pelo medo de serem punidas e *fazer com que o agente não mais cometa delitos*.

Nessa linha, bem salienta Cunha (2014, p. 187) que “tal método tende a viabilizar o exercício do direito de defesa, colocando o réu inteiramente a par de todas as etapas de individualização da pena, bem como ciente do valor atribuído pelo juiz às circunstâncias legais que reconheceu presentes”.

Sendo assim, a dosimetria da pena passa por três momentos distintos e, dentre eles, a Primeira Fase cuida de fixar a pena base, a qual será utilizada como parâmetro para que sobre ela incidam as circunstâncias agravantes e atenuantes (2ª fase), bem como as majorantes e minorantes (3ª fase), chegando então à pena em concreto do acusado.

Hoje, no sistema jurídico brasileiro, é com base nesses limites pré-estabelecidos que se pauta o trabalho de fixação da pena, o qual, de acordo com Nucci (2012, 388), pode ser

conceituado como "um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal [...]", por meio do qual o juiz, em conformidade com os limites mínimo e máximo estabelecidos por lei, quantifica, de forma motivada, a pena-base, na primeira etapa da dosimetria da pena.

A par disso, Greco (2014, p. 567) elucida que “com a finalidade de orientar o julgador neste momento tão importante que é o da aplicação da pena, a lei penal traçou uma série de etapas que, obrigatoriamente, deverão ser por ele observadas, sob pena de se macular o ato decisório, podendo conduzir até mesmo à sua nulidade”.

Ocorre então que o juiz deve verificar as circunstâncias judiciais na 1ª fase da dosimetria da pena, as quais vêm previstas no artigo 59 do Estatuto Repressivo sendo: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, e o comportamento da vítima. Conceitos estes trazidos no capítulo anterior.

Não bastasse, Greco (2014, p. 568) traz que “cada uma dessas circunstâncias judiciais deve ser analisada e valorada individualmente, não podendo o juiz simplesmente se referir a elas de forma genérica [...]”.

Corroborando o entendimento acima, Schmitt (2010, p. 79) esclarece que “a individualização judicial ocorre quando o Estado, detentor do *jus puniendi*, afere a pena a ser aplicada em razão de sentença condenatória. O juiz, representando o Estado nessa seara, procede à análise das peculiaridades do caso, respeitando o mínimo e o máximo estabelecido pelo legislador”.

No que tange aos antecedentes, Greco (2014, p. 572) informa que “[...] dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência”. Dessa maneira, tem-se uma controvérsia na utilização de ações penais e inquéritos policiais em andamento como prejudiciais à conduta social e à personalidade do agente, em que pese a vedação contida no Enunciado nº 444 da Súmula do STJ⁴.

Como elucidam Cunha Jr. e Novelino (2014, p. 94), “para fins de reconhecimento de antecedentes criminais, na fixação da pena-base, devem ser analisadas as circunstâncias específicas de cada caso concreto, não sendo adequada uma resposta em abstrato”.

Na mesma trilha de entendimento, calha transcrever o voto do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 591.054 do Estado de Santa Catarina (BRASIL, STF, 2015, p. 15/16), dispondo o seguinte:

⁴ Súmula 444/STJ. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Eu entendo que o artigo 59 é um artigo, tal como disse o eminente Procurador-Geral da República, multifacetado, que compreende diversos aspectos que devem ser considerados pelo juiz para dosar a pena, dentre eles a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, além de outros. Ou seja, este artigo entrega ao prudente arbítrio do juiz a possibilidade de dosar a pena de maneira a fazê-la suficiente - como diz aqui o *caput* do artigo 59 - para a reprovação e prevenção do crime. Eu tenho para mim que, quando o legislador, aqui no artigo 59, se refere aos antecedentes, não se confundem estes antecedentes com aqueles que agravam a pena no artigo 61, I, qual seja, especificamente, a reincidência. **Nós todos, como julgadores criminais, nos deparamos muitas vezes com uma extensíssima ficha criminal de determinado réu: várias passagens pela polícia, dezenas de ações penais em andamento, muitas vezes relativas a um mesmo fato objeto do processo em julgamento. Isso, de alguma forma, a meu ver, precisa ser considerado, e o juiz, dentro da sua discricionariedade, dentro do seu prudente arbítrio, pode, baseado no artigo 59, a meu ver, dosar a pena, levando em consideração os antecedentes.** É por isso mesmo que o primeiro ato do juiz, antes mesmo de determinar prosseguir o julgamento, proceder a um juízo de culpabilidade e, finalmente, fixar a pena, ele faz a juntada dos antecedentes criminais do réu. E esses antecedentes servem para alguma coisa, não apenas para o artigo 61, I, que é justamente agravante relativo à reincidência, mas também para poder melhor avaliar o que se chama de circunstância judicial. Então, pedindo vênua ao eminente Relator, eu voto no sentido de prover o recurso do Ministério Público, não sem antes dizer que supero a prejudicial de conhecimento porque entendo que, em uma repercussão geral, nós julgamos teses e não fatos concretos. Isso evidentemente sem prejuízo de se assentar eventual prescrição, se for o caso. (grifo nosso)

Desta feita, sabemos que o juiz irá individualizar a pena, nos termos do inciso XLVI do artigo 5º da Constituição da República e, tendo por base o voto do Ministro Lewandowski, tem-se que no caso de o magistrado se deparar com o acusado que possui inquéritos policiais em andamento, bem como ações penais em curso, deverá ele sopesar as circunstâncias no caso concreto, podendo considerar, ainda que nenhum deles tenha decisão condenatória transitada em julgado, como efeito prejudicial à conduta e à personalidade do agente.

Diante de tal premissa, considerar os maus antecedentes não significa, *a priori*, uma condenação, apenas sendo parte de um processo de valoração realizado pelo juiz no momento da sentença, o qual tem por objetivo a proteção dos bens jurídicos eleitos como mais importantes pela sociedade, que é uma entidade abstrata, sendo que Tourinho Filho (2012, p. 28) dispõe que “[...] a função que lhe cabe, de reprimir as infrações penais, permanece em mãos do Estado, que a realiza por meio de seus órgãos competentes”.

Nesse compasso, Lima (2014, p. 1441) elucida que “a fim de estabelecer a pena-base, que não pode ser fixada aquém do mínimo ou além do máximo previsto pelo tipo penal incriminador, são levadas em consideração todas as circunstâncias judiciais no art. 59 do

Código Penal, as quais devem ser investigadas pelo juiz durante o curso da instrução probatória e, posteriormente, individualizadas e valoradas, na sentença”.

Desse modo, os inquéritos policiais e as ações penais em curso servem como pontos de análise da figura do acusado, visando sopesar seu comportamento em sociedade, a sua tendência para a criminalidade, a qual deve ser considerada como prejudicial à sua personalidade e conduta social, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Em que pese não haver decisão com trânsito em julgado nas ações penais e inquéritos policiais em curso, o simples fato de o acusado neles constar como indiciado/imputado já é o suficiente para valorar negativamente sua pessoa. Haja vista não se estar realizando um juízo condenatório antecipado, mas sim uma análise de sua vida pregressa, pois se torna impossível não levar em conta outros fatos ainda pendentes de julgamento nos quais o acusado também esteja sendo investigado/processado.

Depreende-se dos ensinamentos de Andreucci (2014, p. 166) que “a pena, portanto, não tem mais em vista somente o delito. Ao lado da apreciação dos aspectos objetivos que ele apresenta, deve o juiz considerar a pessoa de quem o praticou, suas qualidades e defeitos, sem esquecer a periculosidade e a possibilidade de tornar a delinquir”.

Embora faça referência à vedação trazida pela Súmula nº 444 do STJ, Andreucci (2014, p. 167), elucida que os

antecedentes são os fatos da vida pregressa do agente, sejam bons ou maus, como, por exemplo, condenações ou absolvições anteriores, inquéritos arquivados, inquéritos em andamento, ações penais extintas ou em andamento etc. Entretanto, a Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça vedou expressamente a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para majoração da pena-base [...]. Por conduta social entende-se o comportamento do sujeito no meio familiar, no ambiente de trabalho e na convivência com os outros indivíduos. A expressão personalidade é empregada pelo Código Penal como conjunto de qualidades morais do agente. É o retrato psíquico do delinquente, incluindo a periculosidade.

Ainda, como partidário dessa corrente, Capez (2011, p. 479) dispõe que a expressão “antecedentes” “[...] abrange anteriores envolvimento em inquéritos policiais e processos-crime, mesmo que não tenha havido condenação, na medida em que o art. 5º, LVII, da CF, não impede tal consideração, para fins do disposto no art. 59 do CP”.

Diante do disposto no artigo 59 do CP, tem-se que na conduta social busca-se verificar o comportamento do agente diante da sociedade e, no que diz respeito à personalidade do agente, podemos considerá-la como o retrato psíquico ou mental do delinquente.

Nesse seguimento, admitir que inquéritos instaurados, processos criminais em andamento, absolvições por falta de provas, prescrições abstratas possam servir como antecedentes negativos não viola o princípio constitucional da presunção de inocência.

Não destoando deste entendimento, Gangoni (2010) leva em consideração que “o Estado foi incumbido do dever de salvaguardar a coletividade, de proteger de forma eficiente o cidadão, e o faz também por meio da persecução penal”.

Dessa maneira, desconsiderar ações penais em curso e inquéritos policiais em andamento como prejudiciais da personalidade e da conduta social do acusado seria desrespeitar a sociedade, pois se espera que prevaleça o princípio da isonomia, tratando-se de forma diferente os desiguais, ou seja, aqueles que são agentes de atividades delituosas, constando como indiciado/acusado em outros procedimentos, sejam tratados substancialmente de modo diverso.

Dessa forma, a personalidade do agente e sua conduta social representam a vida pregressa do sentenciado e que podem ser representados por inquéritos policiais, termos circunstanciados de ocorrência e ações penais em curso.

No que tange a tal utilização das ações penais em curso e dos inquéritos policiais em andamento como prejudiciais da conduta social e da personalidade do agente, Capez (2011, p. 479) traz que “[...] antecedentes passaram a significar, apenas, anterior envolvimento em inquéritos policiais e processos criminais”.

Ora, se o indivíduo figura como investigado/denunciado em outros procedimentos, é perceptível que tem a personalidade voltada para o crime, pois, caso contrário, não estaria tão ligado às práticas delituosas, sendo sua conduta perante a sociedade de pouca valia.

Mesmo discordando de tal prática, qual seja, de agravar a pena base do acusado com inquéritos policiais e ações penais em curso, Nucci (2014, p. 417) traz que a conduta social é o papel do réu na comunidade, haja vista que “todo acusado possui um passado, uma vida anterior à prática do delito, merecendo ser analisada, criteriosamente, a sua conduta social, pois é um dos fatores de individualização da pena”.

Sendo assim, se mostra imprescindível a análise da ficha criminal do acusado, ante a necessidade de a pena daquele que tem o histórico criminal mais extenso ser diferente da daquele que pratica o crime pela primeira vez, tendo em vista a isonomia até mesmo na dosimetria da pena.

Nessa vereda, ainda que se entenda que o indiciamento em inquéritos policiais e processos em curso não configuram maus antecedentes, o reiterado e constante envolvimento do agente em ocorrências criminais apontam, quando menos, para personalidade voltada à

prática de delitos ou conduta social reprovável, justificando a agravação da pena base pelo julgador.

Ocorre então a utilização dos maus antecedentes do acusado como valores negativos às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, pois ocorreria a aferição da vida do imputado em sociedade, verificando a sua contínua prática de delitos, os quais ainda pendem de julgamento ou, então, se encontram na fase preliminar de investigação.

Inclusive o Supremo Tribunal Federal (STF, BRASIL, 2015) exarou julgado nesse sentido. Veja-se:

PENAL. CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. **DOSIMETRIA DA PENA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE DEVIDAMENTE JUSTIFICADA.** RECURSO ORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. I – **A sentença condenatória não merece reparo, pois o juízo sentenciante fixou a pena-base 1 (um) ano acima do mínimo legal em razão dos maus antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente.** II – Por ocasião da prolação da sentença condenatória, o recorrente já possuía uma condenação definitiva pela prática dos crimes de tráfico de drogas, de associação para o tráfico e de posse ou porte ilegal de arma de fogo com a numeração raspada, na qual lhe foi imposta uma pena de 8 (oito) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além do pagamento de 1.283 (mil duzentos e oitenta e três) dias-multa. Esse fato, que caracteriza a circunstância agravante da reincidência – prevista no art. 61, I, do CP –, não foi considerado na segunda fase da dosimetria da reprimenda, sendo utilizado apenas para agravar a pena-base imposta ao recorrente. III – A pena-base fixada definitivamente em 6 (seis) anos de reclusão, num intervalo que varia de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, não desbordou dos lindes da proporcionalidade e da razoabilidade, não havendo, a meu ver, flagrante ilegalidade ou teratologia que justifique a concessão da ordem, sendo certo que não se pode utilizar “o habeas corpus para realizar novo juízo de reprovabilidade, ponderando, em concreto, qual seria a pena adequada ao fato pelo qual condenado o Paciente” (HC 94.655/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia). IV – Recurso ordinário ao qual se nega provimento.(RHC 122977, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 12/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-162 DIVULG 21-08-2014 PUBLIC 22-08-2014). (grifo nosso)

HABEAS CORPUS. PENAL. PACIENTE CONDENADO PELO DELITO DE FURTO QUALIFICADO. **FIXAÇÃO DA PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL DEVIDAMENTE JUSTIFICADA.** REGIME INICIAL ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. I – **A sentença condenatória não merece reparo, pois o juízo sentenciante agravou a pena-base em 1/6 (um sexto) em razão dos maus antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente.** Prosseguindo na dosimetria da reprimenda, o magistrado não identificou a presença de atenuantes ou agravantes, nem causas de aumento ou diminuição de pena, razões pelas quais tornou definitiva a sanção em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão (4 meses acima do mínimo legal). [...]. VI – Ordem denegada.(HC 121602, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI,

Vê-se, assim, que na fixação da pena base do acusado, deve o magistrado usar com cautela o seu poder judicial de discricionariedade instituído pelo Estado Democrático de Direito com a supremacia da norma constitucional. Deve, então, fundamentar suas decisões com base nos princípios orientadores do Estado Democrático de Direito e no respeito à pessoa humana, evitando assim juízos decisórios discrepantes.

Entretanto, a utilização de inquéritos policiais em andamento e ações penais em curso aparentemente não ofende a índole constitucional, haja vista estar o juiz se utilizando de todos os meios disponíveis ao seu alcance para dosar a pena do imputado.

Nesse caminhar, verificando o julgador que as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP são todas favoráveis ao agente, deve fixar a pena-base no mínimo legal, já que o próprio dispositivo em comento, em seu inciso II, enfatiza os limites da pena-base, dentro dos parâmetros legais. Dessa forma, a cada circunstância judicial valorada desfavoravelmente ao condenado, o magistrado acrescenta um *quantum* ao mínimo cominado no tipo penal, sem extrapolar, jamais, a pena máxima prevista para a infração.

Como se verifica, na sua decisão, além de aplicar o direito no caso concreto, deve o magistrado, levar em conta os fatores que levaram a prática do delito. Os fatores externos e os valores subjetivos agem em nível do consciente individual de cada pessoa e originam-se pela vivência, pela educação, pela cultura e pelo decorrer de vida de cada indivíduo em toda sua existência. Assim, a carga subjetiva e a sujeição aos fatores externos podem ser maiores para algumas pessoas, enquanto que, para outras, dependendo de sua vivência, de seu modo de vida e de sua educação, pode ocorrer uma dosimetria da pena de forma totalmente diferente.

Desse feitio, analisar a conduta social do réu é uma tarefa altamente complexa. Muitas vezes o magistrado acaba usando como parâmetro suas próprias condições, que certamente são opostas às condições do réu.

Nessa toada, há um juízo de valor por parte do juiz, ou seja, a análise dos fatores subjetivos do réu serão com base na subjetividade do julgador e, segundo o escólio de Capez (2011, p. 478) “[...] ficam a cargo da análise discricionária do juiz, diante de determinado agente e das circunstâncias do caso concreto. Justamente pelo fato de a lei penal reservar ao juiz um considerável arbítrio na valorização das circunstâncias é que se faz necessário fundamentar a fixação da pena-base”.

A partir disso, tem-se a primeira fase da dosimetria da pena como o marco inicial, o qual partirá do mínimo legal previsto pelo tipo penal, bem como só será possível o aumento da pena uma vez ponderada negativamente alguma das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. Caso contrário, a pena deverá permanecer em grau mínimo.

Nesse sentido, elucida Nucci (2012, p. 38),

a igualdade perante a lei, portanto, é um princípio que se volta ao legislador e ao aplicador do direito, determinando ao primeiro a construção de um sistema de normas viáveis de modo a garantir, no momento da aplicação, que as diferenças naturais entre os destinatários dessas normas sejam respeitadas, viabilizando a concretização da isonomia.

Como se percebe, a aplicação dos inquéritos policiais em andamento e das ações penais em curso na conduta social e na personalidade do agente não tem a ver com a realização de juízo condenatório antecipado, mas sim com a valoração das características pessoais e individuais de cada acusado, visando individualizar a pena a cada caso concreto. Logo, ao considerar o princípio da igualdade ou isonomia, cabe ao aplicador da lei, a observância dos indivíduos e de suas particularidades, em ordem a atenuar as desigualdades e efetivar a finalidade de justiça pretendida pela norma.

Desta senda, demonstra-se acentuada importância do princípio da individualização da pena, visto que a disposição do artigo 59 do Código Penal, ao definir as circunstâncias a serem consideradas pelo julgador, ao escolher a sanção e a forma de aplicação desta, expressa o objetivo constitucional de individualizar a sanção penal a ser submetida ao infrator.

Insta vincar as considerações de Carlos (2010) acerca da individualização da pena:

Por individualização da pena entende-se a fixação, no caso concreto, de sanção penal que guarde proporcionalidade com a gravidade do delito e permita, ao juiz, a verificação de todas as nuances e circunstâncias relativas ao crime e ao criminoso. É possível, portanto, falar em individualização abstrata, quando da previsão legal da sanção, comparando-se a lesividade daquele crime com outros e fixando o intervalo de apenação e em individualização concreta, a saber, a aplicação da pena para o caso determinado submetido a julgamento, verificando-se o comportamento, antecedentes e motivação do agente, as circunstâncias da execução do crime, o comportamento da vítima, etc. Pela individualização abstrata, não é possível que todos os crimes tenham a mesma pena; pela individualização concreta, não é possível que todas as pessoas que cometeram o mesmo tipo de crime tenham sempre a mesma pena.

De tal maneira, o princípio da individualização da pena consiste na resposta estatal tendo em consideração as especificidades do caso concreto e do agente a fim de infligir justa sanção ao transgressor de uma norma de caráter penal.

Em arremate, busca-se a análise de todas as particularidades do fato concreto, a fim de que a pena quantificada e imposta venha a proporcionar, efetivamente, a retribuição e a prevenção necessárias em decorrência do ilícito penal praticado.

Portanto, a partir dos critérios postos na lei penal, deve o julgador aplicar uma pena que seja individualizada, necessária e suficiente para promover a reprovação ou punição do autor do crime, pelo fato de ter delinquido; a prevenção, geral e especial, objetivando, respectivamente, desestimular a prática delituosa nas outras pessoas, pelo temor da punição, e fazer com que o agente não volte a praticar delitos.

Desta feita, Marinho e Rocha (2007, p. 357) trazem que “cabe ao julgador, portanto, o exame detido de todos os aspectos evidenciados no processo para, a partir daí, determinar em que medida será reprovada a conduta do agente, entre o mínimo e o máximo previstos para o tipo que lhe é imputado”.

Nesse viés, Marinho e Rocha (2007, p. 357) dispõem que

para tanto, o mesmo não está vinculado a padrões quantitativos, matemáticos, mas às normas que orientam o Direito Penal, como um todo, e que protegem tanto a sociedade como o indivíduo sob julgamento, devendo fundamentar acertadamente suas decisões, com a devida observância de todas as circunstâncias judiciais, a fim de que sua decisão não padeça de nulidade e, principalmente, não corresponda a uma arbitrariedade praticada com suposto respaldo na subjetividade conferida pela lei, em ordem a acarretar danos ao indivíduo julgado e, por consequência, à sociedade.

Não bastasse, no mesmo caminho seguiu a Ministra Cármen Lúcia em seu voto, também no julgamento do RE nº 591.054 do Estado de Santa Catarina (BRASIL, STF, 2015, p. 26). Vejamos:

Presidente, eu também peço vênia ao Ministro-Relator, mas mantenho a posição que venho adotando, no sentido de que, neste caso, não se estaria diante de uma posição de gravame ao princípio da presunção de não culpabilidade penal. Porque, tal como já foi, aqui, tanto levantado pelo Ministro Lewandowski, quanto pela Ministra Rosa e, agora, pelo Ministro Fux, com a vênia do Relator e dos que o acompanharam, tenho para mim que os princípios se conjugam para uma interpretação. E, dentro dessa visão, eu acho que o princípio da igualdade, ou seja, tratar aqueles que estão nas mesmas condições, e diferentemente os que diferem, até mesmo para efeito de o juiz exercer o seu convencimento quanto aos antecedentes, não agride em nada o sistema constitucional.

Ademais, não haveria como se individualizar a pena, se se tivesse que adotar ou afastar necessariamente, em face da alegação do princípio da presunção de não culpabilidade penal, os antecedentes que pelo menos poderiam demonstrar ou conduzir a que aquela pessoa tivesse uma prática diferente de outro que jamais tivesse tido qualquer prática, ou que tivesse, pela primeira vez, errado ou pelo menos penalmente errado. Por isso, Senhor Presidente, com todas as vênias ao Ministro-Relator, que fez um voto primoroso, como sempre, e dos Ministros que o acompanharam, eu voto no sentido de prover o recurso do Ministério Público e considerar, portanto, inexistente qualquer mácula, qualquer vício no aproveitamento possível de eventuais pendências processuais penais em relação à determinada pessoa para aquilatar os antecedentes. É como voto, Senhor Presidente. (grifo nosso)

Ante o exposto, o ordenamento jurídico brasileiro prevê quais as sanções a serem aplicadas aos infratores, estabelecendo, igualmente, parâmetros para a fixação da pena. Resta evidente a concessão de uma liberdade ao julgador, em razão da qual devem ser observados os princípios que orientam as regras de Direito Penal, de modo que se obtenha uma decisão individualizada e devidamente motivada, capaz de atingir os fins pretendidos pelo Estado Democrático de Direito.

Como se viu, o presente capítulo cuidou de aferir de forma acurada a aplicação de inquéritos policiais e ações penais em curso como prejudiciais da conduta social e da personalidade do agente, verificando que, segundo algumas correntes doutrinárias e entendimentos jurisprudenciais, não haveria ofensa ao princípio da presunção de inocência, diante das nuances da individualização da pena no Direito Penal e Processual Penal.

Ademais, tem-se que as premissas propugnadas neste capítulo cuidaram de demonstrar os fundamentos utilizados pelos defensores da utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso como prejudiciais da conduta social e da personalidade do agente no momento da dosimetria da pena, indo de encontro às vertentes a serem expandidas no próximo capítulo, o qual irá tratar da vedação da utilização de inquéritos policiais e ações penais em andamento para prejudicar a fixação da pena base do imputado.

3. DA UTILIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES COMO PREJUDICIAIS NA DOSIMETRIA DA PENA

Conforme já explanado nos capítulos anteriores desta pesquisa, o processo penal brasileiro, quando da dosimetria da pena, possui três fases distintas, as quais são responsáveis pela fixação do *quantum* definitivo da reprimenda penal.

Assim sendo, cada fase cuida de analisar circunstâncias específicas da prática delituosa perpetrada pelo acusado e, desse modo, delimitam a sanção estatal a ser cumprida pelo condenado.

Então, dentre as três fases, a que importa em análise é a primeira, pois verifica as circunstâncias judiciais insertas no artigo 59 do Código Penal e, ainda, trata especificamente dos antecedentes do imputado.

Nesse viés, Bitencourt (2013, p. 769) dispõe que “por antecedentes devem-se entender os fatos anteriores praticados pelo réu, que podem ser bons ou maus”. Sendo assim, somente condenações transitadas em julgado, mas que não serviam para fins de caracterização da reincidência poderiam ser consideradas como maus antecedentes, podendo agravar a pena base fixada pelo magistrado.

Contudo, em que pese a existência do Enunciado nº 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, o qual traz que “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”, diversos julgadores consideravam inquéritos policiais e ações penais em curso como prejudiciais na dosimetria da pena, aplicados negativamente à conduta social e à personalidade do agente.

Ocorre então que, mesmo diante do Enunciado nº 444 da Súmula do STJ, vários juízes, em dissonância com a súmula acima, decidiam de modo contrário, utilizando os inquéritos policiais e as ações penais em andamento para agravar a pena base do acusado, o que ocasionou insegurança jurídica.

Nesse cenário, os operadores do direito trataram logo de criar correntes de estudo acerca do tema e, não bastasse, de defender de modo ferrenho a utilização, ou não, de inquéritos policiais e ações penais em curso para negatar a conduta social e a personalidade do agente.

Gizadas tais considerações, torna-se imperioso sopesar a atual ordem constitucional brasileira, pois a Constituição da República de 1988 segue linha totalmente garantista,

principalmente na seara penal, pois traz Ferrajoli (2002, p. 09), ainda no prefácio de sua obra, que

o garantismo é um modelo ideal, do qual nos podemos mais ou menos aproximar. Como modelo, representa uma meta que permanece como tal, ainda que não seja alcançada e não possa jamais ser alcançada inteiramente. Mas, para constituir uma meta, o modelo deve ser definido em todos os aspectos. Somente se estiver bem definido poderá servir de critério de valoração e de correção do direito existente.

Nesse trilha, deve-se levar em conta o Estado Democrático de Direito incorporado pelo Brasil, pois, dentre os fundamentos da República descritos no artigo 1º do Texto Constitucional, vê-se a dignidade da pessoa humana, a qual serve de espeque para as demais disposições da *Lex Mater*.

A par disso, Streck (2009, p. 36) elucida que “a noção de Estado democrático de direito está indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais, porquanto se revela um tipo de Estado que busca uma profunda transformação do modo de produção capitalista, com o objetivo de construir uma sociedade na qual possam ser implantados níveis reais de igualdade e liberdade”.

Não destoando dos doutrinadores acima citados, Cunha Jr. e Novellino (2014, p.14) trazem que

dentre os fundamentos do Estado brasileiro, a dignidade da pessoa humana possui um papel de destaque. Núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, constitui o valor constitucional supremo e, enquanto tal, deve servir, não apenas como razão para a decisão de casos concretos, mas principalmente como diretriz para a elaboração, interpretação e aplicação das normas que compõem a ordem jurídica em geral, e o sistema de direitos fundamentais, em particular.

Desta feita, considerar inquéritos policiais e ações penais em curso como prejudiciais na dosimetria da pena, negativamente a conduta social e a personalidade do agente de modo a agravar sua pena base, aparentemente configura ofensa ao princípio da presunção de inocência previsto na Constituição da República, ferindo de morte as implicações constitucionais.

Em vista disso, Cunha Jr. e Novellino (2014, p. 93) elucidam que “a presunção de inocência (ou presunção de não-culpabilidade) tem por finalidade evitar juízos condenatórios precipitados, protegendo pessoas potencialmente culpáveis contra eventuais excessos das autoridades públicas”. Ainda, segundo Cunha Jr. e Novellino (2014, p. 93), “no âmbito

processual penal, esta presunção impede que o Estado trate como culpado aquele que ainda não sofreu condenação penal irrecorrível [...]”.

A grosso modo, percebe-se a preocupação de parte dos operadores do direito no escopo de evitar o agravamento da pena base do acusado com a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso, movimento este que, diga-se de passagem, vem tomando conta do meio jurídico.

Cumprе salientar que o Estado tem na pena um meio de controlar as atitudes da população, evitando que um caos impere na sociedade, pois, segundo o escólio de Bitencourt (2013, p. 130)

Destaque-se a utilização que o Estado faz do Direito Penal, isto é, da pena, para facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade. Apesar de existirem outras formas de controle social – algumas mais sutis e difíceis de limitar o próprio Direito Penal -, o Estado utiliza a pena para proteger de eventuais lesões determinados bens jurídicos, assim considerados, em uma organização socioeconômica específica [...].

Entretanto, deve-se usar a reprimenda penal de maneira que sejam ao máximo protegidos os direitos do acusado, pois o processo penal brasileiro tem como fulcro a ampla defesa, o contraditório e, principalmente, a presunção de inocência, esta última usada de alicerce para uma defesa contra juízos condenatórios antecipados.

Nesta senda, deve-se ponderar os efeitos que podem advir com a condenação e, indo ainda mais longe, da utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso como prejudiciais na dosimetria da pena, levando o acusado a ser considerado culpado antes mesmo do trânsito em julgado das demais situações em que figura como indiciado/imputado.

Não se pode olvidar que, conforme pontua Bitencourt (2013, p. 131),

atualmente podemos afirmar que a concepção do direito penal está intimamente relacionada com os efeitos que ele deve produzir, tanto sobre o indivíduo que é objeto da persecução estatal, como sobre a sociedade na qual atua. Além disso, é quase unânime, no mundo da ciência do Direito Penal, a afirmação de que a pena justifica-se por sua necessidade.

É inegável que a sanção penal tem que ser aplicada não no afã de massacrar o acusado, mas sim de mostrar-lhe que as atitudes que fogem à normalidade não ficam esquecidas pelo Estado e, também, demonstrar à sociedade, de um modo geral, a necessidade de efetivo respeito com relação às normas penais.

Interessante o escólio de Bitencourt (2013, p. 768). Vejamos:

Não se pode esquecer que os moduladores do art. 59 do CP, todos, constituem apenas – como afirmava Salgado Martins – uma diretriz, traçam um roteiro, fixam critérios de orientação, indicam o caminho a ser seguido na adequação da pena ao fato e do delinquente. Os elementos constantes no art. 59 são denominados *circunstâncias judiciais*, porque a lei não os define e deixa a cargo do julgador a função de identificá-los no bojo dos autos e mensurá-los concretamente. Não são efetivas “circunstâncias do crime”, mas critérios limitadores da discricionariedade judicial, que indicam o procedimento a ser adotado na tarefa individualizadora da pena-base. (grifo do autor)

Nesse caminhar, diante da alegação da doutrina que cabia ao magistrado, no momento da dosimetria da pena, a análise acurada do que integraria as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, aparentemente começaram a ocorrer decisões contendo a realização de um juízo de valoração negativo, desrespeitando até mesmo o Enunciado nº 444 da Súmula do STJ, incluindo inquéritos policiais e ações penais em curso como prejudiciais da conduta social e da personalidade do agente.

Ainda, dispõe Tourinho Filho (2012, p. 345) que “[...] o Estado chamou a si a tarefa de administrar justiça, fazendo-o por meio do processo, verdadeiro “substitutivo civilizado da vingança privada”, pois, complementa o citado autor (2012, p. 348) que “[...] a regra é de que somente o Estado, por meio do processo, pode compor, solucionar a lide, dando a cada um o que é seu, com imparcialidade, sem ‘egoísmo’ e sem ‘altruísmo”.

Dessa forma, não pode o Estado de forma arbitrária admitir que a pena-base do acusado seja agravada com base em inquéritos policiais e ações penais em curso, pois tal atitude demonstra falta de imparcialidade, já que o magistrado substituirá as partes quando da prolação da sentença, e espera-se que dê uma solução equânime.

Ademais, é na sentença que o magistrado põe fim ao litígio penal, visto que Capez (2012, p. 527) a considera como “[...] uma manifestação intelectual lógica e formal emitida pelo Estado, por meio de seus órgãos jurisdicionais, com a finalidade de encerrar um conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida, mediante a aplicação do ordenamento legal ao caso concreto”, extinguindo-se então de maneira definitiva a controvérsia jurídica.

3.1. Da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 591.054

Neste ponto, torna-se imprescindível analisar o instituto da Repercussão Geral e sua importância para a presente pesquisa, pois a possibilidade jurídica de utilizar inquéritos policiais e ações penais em curso na dosimetria da pena alcançou a Corte Suprema do Poder

Judiciário, visando proporcionar uma análise mais acurada pelos guardiões constitucionais acerca da matéria.

3.1.1. Considerações Gerais sobre Repercussão Geral

A Repercussão Geral é instituto eminentemente novo no mundo jurídico, haja vista ter sido incluído na Constituição da República pela Emenda Constitucional nº 45/2004, acrescentando o parágrafo 3º ao artigo 102 da CRFB.

Por sua vez, a Repercussão Geral foi criada para servir como uma espécie de filtro das demandas que chegavam para serem julgadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, já que, nos dizeres de Masson (2013, 851), “[...] o número excessivo de recursos extraordinários a congestionar o STF, especialmente quando estão em discussão os denominados ‘casos de massa’ – isto é, questões repetitivas com imenso potencial de multiplicação – tem ocasionado significativa morosidade na solução dos processos em trâmite na Corte”.

Nessa toada, calha trazer à baila o parágrafo 3º do artigo 102 da CRFB:

Artigo 102. [...]

§ 3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a **repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso**, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a **admissão do recurso**, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (grifo nosso)

Sendo assim, a Repercussão Geral é um pressuposto de admissibilidade recursal, devendo ser analisado pelo Supremo Tribunal Federal toda vez que for interposto Recurso Extraordinário, posto que Masson (2013, p. 851) elucida que tal instituto é “[...] um pressuposto que visa filtrar as questões que chegam até o STF por essa via, conferindo um caráter mais objetivo para o instrumento recursal [...]”.

Ainda, Bulos (2014, p. 1.327) aduz que a Repercussão Geral

[...] confere ao Supremo o poder de escolher as causas que deverá julgar. E faz sentido, porque, na prática, a maior parte dos assuntos que chegam à Corte Excelsa via competência recursal já passaram pelo crivo do duplo grau de jurisdição, ainda que muitos reneguem a validade desse princípio fundamental na ordem jurídica brasileira.

Posta assim a questão, é de se dizer que a Repercussão Geral assumiu papel imprescindível na atual ordem constitucional, delimitando as causas que irão alcançar a Corte Suprema, bem como proporcionando aos Ministros do STF que se preocupem em julgar demandas que realmente influam em inúmeros casos. Ou seja, situações concretas que transcendam os limites da lide na qual se localizem, servindo então de parâmetro para diversos outros julgamentos a serem realizados pelo Pretório Excelso.

Convém ressaltar que após a promulgação da EC nº 45/2004, fora editada a Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006, a qual incluiu os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil, regulamentando a Repercussão Geral.

Importante ressaltar que, para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, conforme dispõe o § 1º do artigo 543-A do CPC.

Não se pode perder de vista também que caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte, como se denota da leitura do § 1º do artigo 543-B do CPC.

Além disso, Lenza (2011, p. 668) aduz que a Repercussão Geral “de fato, trata-se de importante instituto seguindo a tendência a erigir o STF a verdadeira Corte Constitucional e, também, mais uma das técnicas trazidas pela Reforma do Judiciário na tentativa de solucionar a denominada ‘Crise do STF e da Justiça’”.

Nessa esteira, a Repercussão Geral cuidou de afunilar o caminho para se alcançar o Supremo Tribunal Federal por meio da interposição do Recurso Extraordinário, isso tudo no afã de trazer celeridade e efetividade ao processo, princípios estes previstos, *a priori*, na Constituição da República.

3.1.2. Do Recurso Extraordinário nº 591.054 do Estado de Santa Catarina

Impende observar que a grande quantidade de causas tratando da utilização de inquéritos policiais e ações penais em andamento como prejudiciais na dosimetria da pena foi a mola propulsora para a Repercussão Geral do RE nº 591.054, originário do Estado de Santa Catarina.

O caso objeto de tal recurso extraordinário tem por fundamento uma ação penal em que o acusado fora condenado, em primeiro grau, pela prática dos crimes tipificados nos artigos 306 (na redação anterior à Lei nº 11.705/2008) e 311, ambos do Código de Trânsito Brasileiro.

Em seguida, o réu interpôs apelação visando reduzir as penas que lhe haviam sido impostas, tendo o juiz de piso levado em consideração processos criminais em andamento como aptos a configurar maus antecedentes, ferindo o princípio constitucional da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/88).

Ocorre que o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina destacou que a aludida circunstância poderia ter sido levada em conta na avaliação da conduta social do condenado, entretanto, não se mostraria mais viável, sob pena de reforma prejudicial ao recorrido, porquanto, na sentença, teve-se a citada conduta como abonada.

Ato contínuo, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, com atuação em segundo grau de jurisdição, interpôs o Recurso Extraordinário com amparo na alínea “a” do inciso III do artigo 102 da Constituição da República, alegando, em síntese, transgressão do inciso LVII do artigo 5º da CRFB/88, ou seja, do princípio da presunção de não-culpabilidade.

O *Parquet* afirmou haver o Tribunal de origem, mediante o acórdão impugnado, conferido errônea interpretação e extensão ao postulado constitucional da não culpabilidade. Aduz, ainda, não implicar afronta a esse princípio o exame de processos penais em curso para fins de avaliação de maus antecedentes, porquanto é circunstância que efetivamente diz respeito à vida pregressa do agente e que não pode ser olvidada na fixação da pena-base, presente o princípio da igualdade.

Não bastasse, asseverou ser a análise distinta da procedida para o reconhecimento da reincidência. Concluiu não se projetar a presunção de não culpabilidade à dimensão dada pelo Tribunal, uma vez que não se trata de “*princípio apriorístico e inflexível*”, merecendo temperamento na aplicação aos casos concretos.

Ademais, nas suas contrarrazões o recorrido tratou apenas de ratificar as teses suscitadas nas suas alegações finais e nas razões da apelação, afirmando que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina não contrariou o referido dispositivo constitucional.

Desta senda, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o conteúdo do Recurso Extraordinário nº 591.054, verificou que o tema se tornou tão controvertido que decidiu pelo reconhecimento de sua Repercussão Geral, ante a grande quantidade de demandas no mesmo sentido, as quais sufocavam o STF.

Insta vincar a ementa que reconheceu a Repercussão Geral do tema (BRASIL, STF, 2015). Veja-se:

CRIMINAL - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL - PROCESSOS EM CURSO - PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE - ALCANCE. **Possui repercussão geral controversia sobre a possibilidade de processos em curso serem considerados maus antecedentes para efeito de dosimetria da pena, ante o princípio da presunção de não-culpabilidade.** (RE 591054 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 23/10/2008, DJe-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC 14-11-2008 EMENT VOL-02341-16 PP-03104 LEXSTF v. 31, n. 361, 2009, p. 256-259). (grifo nosso)

Como se pode notar, o STF deixou o tema para ser julgado por seu Plenário, diante da importância do assunto e a transcendência dos limites da lide escolhida como parâmetro, ficando os demais processos concernentes ao mesmo debate sobrestados até decisão definitiva do Pretório Excelso.

Mister se faz ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, ao final de 2014, mais especificamente no mês de dezembro, levou a Plenário para julgamento a possibilidade de utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso como prejudiciais na dosimetria da pena.

Cumpramos transcrever trecho do voto do Ministro Marco Aurélio de Melo no julgamento do Recurso Extraordinário nº 591.054 do Estado de Santa Catarina (BRASIL, STF, 2015, p. 13), nos seguintes termos:

[...]

Os dados que podem ser valorados na aferição da culpabilidade devem derivar de envolvimento judicial que levaram a condenações definitivas do agente por infrações penais, sejam elas crimes – comuns, militares e políticos – ou contravenções, nada impedindo que, em havendo várias condenações acobertadas pela coisa julgada, remeta-se aos antecedentes negativos e, em fase subsequente, diga-se da reincidência. Também o transcurso dos cinco anos previstos no inciso I do artigo 64 do Código Penal não é óbice ao acionamento do artigo 59 nele contido. Foi essa a óptica adotada no *Habeas Corpus* nº 76.665/SP, por mim relatado na Segunda Turma, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 4 de setembro de 1998. (grifo nosso)

[...]

Com a importância da questão, os Ministros do STF cuidaram de analisar acuradamente o tema, explanando de forma minuciosa sobre a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso como prejudiciais na dosimetria da pena, tanto que se torna imperiosa a transcrição de trecho do voto do eminente Ministro Luís Roberto Barroso (BRASIL, STF, 2015, p. 18/19), *in verbis*:

[...]

De modo que, a despeito das deficiências do sistema penal brasileiro, os caracteres preventivo, individual e geral da pena, eu acho que ainda desempenham uma função correspondente aos deveres de proteção do Estado em relação aos cidadãos em geral. Portanto, eu penso que o Direito Penal tem um papel relevante, embora não exacerbado, dentro de uma sociedade democrática.

O grande problema, Presidente, que vejo hoje no Brasil, é que o sistema punitivo entre nós, ele se encontra extremamente desarrumado. Acho que ele está desarrumado do ponto de vista filosófico e acho que ele está desarrumado do ponto de vista normativo. O sistema punitivo é o sistema que envolve a Polícia, o Ministério Público, o Judiciário e o Sistema Penitenciário. E, sob a Constituição de 1988, nós conseguimos grandes avanços institucionais para o Ministério Público, conseguimos grandes avanços institucionais para o Poder Judiciário, mas a porta de entrada do sistema, que é a Polícia, e a porta de saída do sistema, que é o Sistema Penitenciário, ainda vivem momentos de grande dificuldade. E, portanto, é preciso investir energia e recursos na qualificação, na valorização da Polícia, e é preciso investir recursos no Sistema Penitenciário. Portanto, há o reconhecimento deste estado de desarrumação do Direito Penal brasileiro, do Direito Processual Penal brasileiro, acho que faz parte do nosso papel reflexivo como órgão de cúpula do Poder Judiciário e acho que nós temos deveres de contribuir para esta reflexão e para este aprimoramento.

Na questão específica do artigo 59, saber se a existência de processos judiciais sem trânsito em julgado pode ou não ser computada para fins de majoração da pena, manifestaram-se duas posições: a do Ministro Marco Aurélio, que entende que, neste caso, há violação ao princípio da presunção da inocência ou, como Sua Excelência se referiu, ao princípio da não culpabilidade, e a posição manifestada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, no sentido de que a presunção da inocência não impediria a consideração dos maus antecedentes.

Senhor Presidente, dentro desta minha perspectiva de não exacerbação do Direito Penal, nesta quadra da vida brasileira, eu estou aderindo à posição do Ministro Marco Aurélio. Penso que não seria fora de propósito cogitar-se que, na hipótese de haver condenação em Primeiro Grau, portanto, ainda que não transitado em julgado, ou condenação em Segundo Grau, ainda que não transitado em julgado, se pudesse considerar rompida a presunção de inocência. Eu devo dizer que eu me disponho a este debate, porém, a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, da relatoria do Ministro Eros Grau, e com votação expressiva, entendeu que a presunção de inocência somente se rompia a partir do trânsito em julgado da decisão condenatória. E, ainda, quando esta posição possa não ser pacífica, esta, ainda, é a posição dominante no Plenário, que talvez, em algum momento, se tenha que rediscutir. Portanto, há manifestação do Plenário do Supremo no sentido de que, antes do trânsito em julgado, não se possa considerar rompido o princípio da não culpabilidade.

De modo que, prestigiando a interpretação do artigo 5º, inciso LVII, que ainda hoje vigora no Plenário, eu estou entendendo que a falta de trânsito em julgado não é possível levar em conta, para fins de maus antecedentes, a existência de inquéritos ou de processos judiciais nas hipóteses em que não haja o trânsito em julgado. Portanto, Presidente, eu estou acompanhando o eminente Relator e negando provimento ao Recurso Extraordinário.

É como voto. (grifo nosso)

Certamente, se as circunstâncias forem totalmente favoráveis ao acusado, a aplicação da pena mínima mostra-se imperiosa e demonstra um processo de individualização. Contudo, admitir que a média entre os limites mínimo e máximo previstos pelo legislador é o ponto máximo de graduação da pena-base revela afronta às regras de individualização e legalidade.

Cabe ao julgador, portanto, o exame detido de todos os aspectos evidenciados no processo para, a partir daí, determinar em que medida será reprovada a conduta do agente, entre o mínimo e o máximo previstos para o tipo que lhe é imputado.

Indubitável é que a demora do STF para analisar a matéria não impediu que a doutrina se manifestasse sobre o tema, considerando que Nucci (2014, p. 417) aduz ser

[...] acertada a segunda corrente para fim de fixação da pena, pois não se deve levar em conta inquéritos policiais arquivados, processos com absolvição ou em andamento, entre outros fatores transitórios ou concluídos positivamente para o réu, como causa de majoração da reprimenda.

Convém notar, ainda, que com relação à dosimetria da pena, dispõe Nucci (2014, p. 405) que “tal mecanismo deve erguer-se em bases sólidas e lógicas, buscando harmonizar ao sistema, mas sem implicar em singelos cálculos matemáticos [...]”.

Ainda segundo Nucci (2014, p. 405), “a ponderação judicial necessita voltar-se às qualidades e defeitos do réu, destacando o fato por ele praticado como alicerce para a consideração de seus atributos pessoais [...]”.

É bem verdade que a dosimetria da pena precisa ser fundamentada, mas não pode haver aí certo disfarce mavioso, uma argumentação correta na forma e postisa no fundo, haja vista que a pena-base é utilizada pelo magistrado como ponto de partida para aplicar a pena, uma vez que sobre ela incidem, em um primeiro momento, as agravantes e as atenuantes genéricas e, posteriormente, as causas de aumento e diminuição de pena.

Nesse passo, ao fixar a pena-base o juiz deve, assim como em todas as decisões judiciais, fundamentar os motivos de sua escolha, pois a falta de fundamentação da pena-base pode levar à nulidade da sentença, conforme postulado descrito no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República.

Corroborando a tese trazida pelo STF no julgamento do RE nº 591.054 do Estado de Santa Catarina, elucida Bitencourt (2013, p. 770) que

[...] sob o império de uma nova ordem constitucional, e constitucionalizando o Direito Penal, somente podem ser valoradas como ‘maus antecedentes’ decisões condenatórias irrecorríveis. Assim, quaisquer outras investigações preliminares, processos criminais em andamento, mesmo em fase recursal, não podem ser valorados como maus antecedentes.

Ainda assim, intui-se que o passado das pessoas tenha influência no resultado do processo, e mesmo em seu desenvolvimento, não há como negar que o próprio tratamento dispensado ao réu será diferenciado em cada caso concreto.

Em virtude dessas considerações, o poder judicial de discricionariedade em estados democráticos de direito com a supremacia da norma constitucional, como é o caso do Brasil, deve ser usado com cautela pelos magistrados, que devem fundamentar suas decisões com base nos princípios orientadores do Estado Democrático de direito e no respeito à pessoa humana, diante das premissas vertidas nos incisos do artigo 5º da CRFB, os quais tratam de regular os direitos fundamentais dos indivíduos.

Vale ratificar que os princípios no Estado de Direito no sentido material, determinam como o Direito Penal deve se configurar de forma tal que *ius puniendi* respeite a dignidade humana como corolário da presunção de inocência, como princípio fundamental de todo o sistema de valores da Constituição. Isso importa num Direito Penal que se limite à intervenção estritamente necessária para assegurar a convivência humana na comunidade.

Cumprе obter que o processo, como já dito acima, não pode servir de instrumento de massacre do acusado, posto que, num Estado Democrático de Direito, Rangel (2013, p. 515) dispõe que “o processo como unidade, tem como finalidade principal assegurar ao acusado os direitos previstos na Constituição da República, visando ao acerto do caso penal [...]”.

Ainda, no dizer sempre expressivo de Rangel (2013, p. 515), tem-se que:

O processo penal, enquanto instrumento de efetivação das garantias constitucionais, é uma segurança do cidadão de que, uma vez acusado pela prática de um crime, serão assegurados a ela todos os mecanismos de proteção contra atos arbitrários por parte do Estado, pois seu status de não culpabilidade se mantém intacto, enquanto não houver sentença penal condenatória transitada em julgado. Logo, diferente do que se possa pensar, a instauração de um processo criminal é a certeza que o indivíduo tem de que seus direitos serão respeitados. Imaginem o indivíduo ser acusado de cometer crime hoje e hoje mesmo o Estado puni-lo! Seria o caos no seio da sociedade.

Nessa vereda, o magistrado deve sopesar as circunstâncias no caso concreto de modo que entregue a tutela jurisdicional sem utilizar o processo como meio de martirizar o acusado,

mas que sirva de salvaguarda dos direitos pertencentes ao imputado, e possa mesmo em caso de condenação, demonstrar a efetiva proteção dispensada ao indivíduo.

Desde logo, segundo os ensinamentos de Rangel (2013, p. 516), “[...] tanto a investigação criminal quanto o processo criminal em si são mecanismos de proteção do indivíduo [...]”, confirmando a tese que num Estado Democrático de Direito é imprescindível a afirmação de que não se pode perder de vista os princípios inerentes ao ser humano.

Em vista disso, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário nº 591.054 do Estado de Santa Catarina, decidindo que inquéritos policiais e ações penais em curso não devem ser levados em consideração na Primeira Fase da dosimetria da pena. Desta senda, impende colacionar a ementa do julgado (BRASIL, STF, 2015), *in verbis*:

PENA – FIXAÇÃO – ANTECEDENTES CRIMINAIS – INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO – DESINFLUÊNCIA. Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais. (RE 591054, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-037 DIVULG 25-02-2015 PUBLIC 26-02-2015). (grifo nosso)

Tendo em vista o julgado acima, vê-se que os inquéritos policiais e ações penais em curso não podem ser levados em consideração quando da dosimetria da pena, sendo neutros para fins de definição dos antecedentes criminais.

Saliente-se que, tal importância teve a tese firmada pelo STF que, meses após, em meados do mês de maio do corrente ano, a Corte Suprema julgou o Habeas Corpus nº 104.266, proveniente do Estado do Rio de Janeiro, confirmando a corrente assumida pela maioria dos Ministros anteriormente. Insta salientar a ementa (BRASIL, STF, 2015), *vide*:

HABEAS CORPUS. PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (LEI 6.368/1976, ART. 14). DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. INVOCAÇÃO DE INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. INADEQUAÇÃO. PENA-BASE FIXADA NO SEU PATAMAR MÁXIMO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS IDÔNEOS E SUFICIENTES. 1. A dosimetria da pena, além de não admitir soluções arbitrárias e voluntaristas, supõe, como pressuposto de legitimidade, uma adequada fundamentação racional, revestida dos predicados de logicidade, harmonia e proporcionalidade com os dados empíricos em que deve se basear. 2. No particular, a sentença, ao exasperar a pena-base em seu patamar máximo, levando em conta a culpabilidade e a existência de anotações criminais, não atendeu adequadamente aos requisitos de coerência interna, de proporcionalidade e de equilíbrio em suas avaliações fáticas à luz do princípio da individualização da pena. Se não bastasse, o ato judicial está em dissonância com o que decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 591.054, o

qual firmou a tese de que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena. 3. Nessas circunstâncias, e considerando a jurisprudência do STF, tem-se situação reveladora de ilegalidade aferível sem necessidade de revolvimento de fatos e provas. 4. Ordem concedida, em parte, para determinar ao juízo da vara de execuções penais que proceda ao novo cálculo da pena-base. (HC 104266, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 12/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-098 DIVULG 25-05-2015 PUBLIC 26-05-2015). (grifo nosso)

A par do entendimento exarado pelo STF, caso o magistrado no momento da dosimetria da pena considere inquéritos policiais e ações penais em curso como prejudiciais da conduta social e da personalidade do agente, estará ele em total dissonância com a Corte Suprema. Motivo pelo qual as lides relativas ao mesmo tema deverão ser julgadas conforme o decidido no Recurso Extraordinário nº 591.054 do Estado de Santa Catarina.

Cumpra vincar, por fim, que o ordenamento brasileiro prevê quais as sanções a serem aplicadas aos infratores, estabelecendo, igualmente, parâmetros para a fixação da pena. Resta evidente, então, a concessão de uma liberdade ao julgador, em razão da qual devem ser observados os princípios que orientam as regras do Direito Penal, de modo que se obtenha uma decisão individualizada e devidamente motivada, capaz de atingir os fins pretendidos pelo Estado Democrático de Direito.

3.1.3. Da Possível Mudança de Entendimento do Supremo Tribunal Federal

Conforme se denota, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento acerca da utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso como prejudiciais da conduta social e da personalidade do agente, afirmando que essas circunstâncias são neutras quando da dosimetria da pena, não podendo o julgador se valer de tais fatos para negatizar as características do acusado.

Contudo, apenas seis meses após firmar uma tese em sede de Repercussão Geral, o STF indica uma possível mudança no entendimento de alguns ministros acerca do decidido no RE nº 591.054 do Estado de Santa Catarina, e discute como fazer para anular os efeitos da decisão.

Ocorreu que o Supremo julgava dois Habeas Corpus, quais sejam, HC nº 94.620 e HC nº 94.680, os quais estavam sobrestados em razão do julgamento do Recurso Extraordinário nº 591.054, este último com Repercussão Geral reconhecida pelo STF.

Calha lembrar que, segundo o repositório oficial do site do STF (BRASIL, STF, 2015) no dia 17 de dezembro de 2014 o Pretório Excelso julgou o RE nº 591.054 e, por 06 (seis) votos a 04 (quatro), decidiu que inquéritos policiais e ações penais em curso não podem ser considerados como maus antecedentes para a dosimetria da pena.

Entretanto, no dia 24 de junho de 2015 o STF retomou o julgamento dos Habeas Corpus que se encontravam sobrestados para, presumivelmente, aplicar sua própria decisão vertida na Repercussão Geral. O entendimento firmado no RE nº 591.054 foi aplicado aos dois Habeas Corpus, mas a maioria dos Ministros do STF (6 a 4) mostrou que não concorda mais com a tese da Repercussão Geral. E, ainda, afirmou que, num próximo julgamento, deverá rever a jurisprudência.

Desta feita, aparentemente há uma tendência de que o entendimento majoritário do Plenário do STF hodiernamente é de que inquéritos policiais e ações penais em andamento podem ser levados em consideração no cálculo da dosimetria das penas. Todavia, a tese adotada na Repercussão Geral do RE nº 591.054 é oposta e será mantida até o julgamento de outro Recurso Extraordinário.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal concluiu que o resultado deveria ser simplesmente proclamado e que aguardaria um novo caso para confirmar a mudança de entendimento da Repercussão Geral do RE nº 591.054 (BRASIL, STF, 2015).

Em que pese as considerações pontuadas nesta pesquisa, tem-se que não são suficientes para encerrar o debate acerca do tema, pois, percebe-se com o desenvolvimento deste trabalho, que as alterações no instituto da pena estão estreitamente relacionadas com a evolução da sociedade, principalmente no que tange à análise individualizada de cada indivíduo.

Sendo assim, o desencadeamento da pesquisa proporcionou a percepção de que a pena não existe, por si só, no ordenamento jurídico. Há princípios constitucionais penais que solidificam e embasam sua existência e aplicação, tendo em vista, principalmente, a presunção de inocência.

CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico se pauta na análise da utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso como prejudiciais na dosimetria da pena, questão esta que aparentemente afrontaria o postulado da presunção de inocência previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República, levantando vasta discussão no âmbito jurídico nacional.

Em que pese a existência do Enunciado nº 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, os magistrados continuaram a utilizar inquéritos policiais e ações penais em andamento para prejudicar a conduta social e a personalidade do agente, o que ensejaria o agravamento da pena-base do acusado.

Na confecção do presente trabalho, foram levantadas duas hipóteses. A primeira consubstancia-se na possibilidade legal da aplicação dos maus antecedentes como predicados negativos ao acusado. Haja vista, em caráter geral, serem tidos como desabonadores da conduta, tendo em vista que se torna impossível o magistrado julgar os imputados sem levar em consideração a ficha criminal. Sendo imprescindível sopesar todas as características advindas com o indivíduo em seu histórico penal, questão esta não confirmada diante da atual ordem constitucional do País, posto ferir de morte a lisura processual penal, já que o processo não serve como meio de massacrar o acusado, mas sim de proporcionar-lhe ampla defesa. E tal atitude, com certeza, não se coaduna com a ordem jurídica trazida pela Constituição da República de 1988.

Lado outro, em segunda hipótese, tem-se a possibilidade jurídica da aplicação de tais circunstâncias de forma negativa ao acusado, haja vista a probabilidade de afrontar o princípio constitucional da presunção de inocência ou da presunção de não culpabilidade, tendo em vista o entendimento dos diversos doutrinadores pátrios e do Supremo Tribunal Federal.

Nesse cenário, determinada corrente de estudiosos e operadores do direito optaram por concordar com a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base do imputado, sob a alegação de que impossível seria dosar a pena do agente sem considerar a sua vida pregressa, suas atitudes em outros momentos de sua existência, principalmente o envolvimento em outras situações em que figura como indiciado/acusado, mesmo sem o trânsito em julgado das decisões anteriores.

Ocorre que esta gama de estudiosos não logrou êxito no seu intento de defender tal atuação dos magistrados, posto que, diante da atual ordem constitucional, o postulado da

presunção de inocência ocupa posição de destaque na aplicação da pena, evitando assim juízos condenatórios antecipados.

De outra banda, vertente diversa optou por defender a não utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base, seguindo a linha de entendimento que se baseia no garantismo penal, posto que o processo serve não para massacrar o acusado, mas sim para proporcionar-lhe todos os meios de defesa possíveis, assumindo seu papel de instrumento de aplicação do direito ao caso concreto, e não de justiça parcial, que tem como arrimo a discricionariedade ilimitada dos julgadores.

Ainda, a pesquisa realizada demonstrou que a pena é um tema complexo e importante, que deve ser compreendido, pois acompanha o ser humano desde os primórdios da convivência em sociedade até os dias atuais.

Neste passo, para que a pena cumpra suas finalidades de retribuição, prevenção e ressocialização, a dosimetria da pena deve ser observada com cuidado na aplicação da reprimenda penal, uma vez que todo o procedimento penal culmina na sentença e, se a aplicação da pena estiver equivocada, gera nulidade.

Desta forma, é importante aplicar a pena de forma precisa e de acordo com o ordenamento jurídico, pois, para a correta aplicação do direito é preciso que o processo, além de condenar ou absolver o réu, conforme as provas dos autos, leve em consideração a presunção de inocência do acusado em conformidade com os demais princípios constitucionais.

Firme-se que as convicções prévias e os estudos realizados validaram apenas a segunda hipótese formulada, pois ofende escancaradamente o princípio da presunção de inocência inserto na Constituição da República de 1988, retirando do acusado as garantias que possui no decorrer da persecução penal.

Nesse compasso, evidencia-se a contribuição do estudo, não só para a formação acadêmica, mas também para vida em sociedade, merecendo estas questões outros estudos, investigações críbticas mais aprofundadas em futuros trabalhos.

Como resposta à problemática, infere-se que a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso como prejudiciais à conduta social e à personalidade do agente fora rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 591.054 com Repercussão Geral reconhecida, considerando-os neutros na dosimetria da pena. Porém, como se viu, o próprio Pretório Excelso salientou a possibilidade de mudança de entendimento haja vista a nova formação da Corte, bem como, a maioria dos Ministros ter demonstrado entendimento diverso quanto ao anteriormente decidido. Não restando, então, totalmente confirmada a tese

da impossibilidade de utilização de inquéritos policiais e ações penais em andamento para agravar a pena-base do imputado, o que demonstra a mutabilidade constante do Direito.

Por fim, percebe-se que a questão da utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso na dosimetria da pena não está pacificada, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal salientou a possibilidade de mudança no entendimento, com a pretensão de selecionar uma demanda semelhante para remetê-la ao Plenário da Corte, já que com a nova formação houve mudança de entendimento dos Ministros.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 8º ed. Salvador: JusPodivm, 2013;
- ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de Direito Penal**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014;
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral: Volume 1. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013;
- _____, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral 1. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012;
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014;
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012;
- _____, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Vol. 01: Parte Geral. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011;
- CUNHA, Rogério Sanches. **Código Penal para concursos**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014;
- _____, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. Salvador: JusPodivm, 2013;
- CUNHA JR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para concursos**. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014;
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Gera. Volume I. 16ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2014;
- _____, Rogério. **Código Penal Comentado**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011;
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011;
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2ª edição. Salvador: JusPodivm, 2014;
- MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2013;
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014;

_____, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012;

_____, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012;

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2013;

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória: teoria e prática**. Salvador: Juspodivm, 2010;

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009;

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Volume 1. 34ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012;

CARLOS, Luis. **O princípio constitucional da individualização da pena - 2010**. Disponível à: <<http://luiscarlos.sites.uol.com.br/aula4.htm>>. Acesso em: 24 de abril de 2015, às 18h47min;

GANGONI, Bruno Corrêa. **Os maus antecedentes e a ponderação dos princípios da individualização da pena e da presunção de inocência - 2010**. Disponível à: <http://www.amperj.org.br/artigos/view.asp?ID=118>. Acesso em: 25 de abril de 2015, às 14h20min;

GARCEZ, William. **Reincidência e maus antecedentes: diferença conceitual e considerações jurídicas - 2012**. Disponível à: <http://delegados.com.br/juridico/reincidencia-e-maus-antecedentes-diferenca-conceitual-e-consideracoes-juridicas> - Acesso em: 22. Fev. 2015, às 12h13min;

MARINHO, Cleide Roberta; ROCHA, Valéria Maria Lacerda. **A valoração das circunstâncias judiciais na dosimetria da pena**. Revista Direito e Liberdade. Volume 5, nº 1. Disponível à: http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e.../. Acesso em 26 de abril de 2015, às 17h38min;

BRASIL. **Constituição da República**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm - Acesso: 21. Fev. 2015, às 13h33min;

_____. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm - Acesso: 21. Fev. 2015, às 14h46min;

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula nº 444. In: http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=71; - Acesso: 25. Fev. 2015, às 15h46min;

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.** Apelação Criminal 1.0153.09.092273-0/001, Relator(a): Des.(a) Cássio Salomé, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 04/12/2014, publicação da súmula em 12/12/2014. Disponível à: <http://www5.tjmg.jus.br/consultajurisprudencia>. Acesso em 25. Fev. 2015. Às 15h30min;

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.** Apelação Criminal n. 2013.082710-7, de Joinville, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 09-12-2014. Disponível à: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 25. Fev. 2015, às 16h10min;

_____. **Supremo Tribunal Federal.** RHC 122977, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 12/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-162 DIVULG 21-08-2014 PUBLIC 22-08-2014. Disponível à: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia> - Acesso em 21. Fev. 2015, às 14h00;

_____. **Supremo Tribunal Federal.** HC 121602, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 20/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 05-06-2014 PUBLIC 06-06-2014. Disponível à: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia> - Acesso em 21. Fev. 2015, às 14h10min;

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** HC: 18864 MS 2001/0129913-0, Relator: Ministro VICENTE LEAL, Data de Julgamento: 05/03/2002, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 01/04/2002. Disponível à: <http://www.stj.jus.br/consultajurisprudencia/>. Acesso em: 21. Fev. 2015, às 17h24min.

_____. **Supremo Tribunal Federal:** RE 591054, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-037 DIVULG 25-02-2015 PUBLIC 26-02-2015. Disponível à: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28dosimetria+da+pena+maus+antecedentes%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/o4vawkl> Acesso em: 24 de abril de 2015, às 16h46min;

_____. **Supremo Tribunal Federal.** HC 94.655/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia). IV – Recurso ordinário ao qual se nega provimento.(RHC 122977, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 12/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-162 DIVULG 21-08-2014 PUBLIC 22-08-2014 Disponível à: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia> . Acesso em: 25 de abril de 2015, às 19h43min;

_____. **Supremo Tribunal Federal.** HC 121602, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 20/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 05-06-2014 PUBLIC 06-06-2014. Disponível à: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em: 25 de abril de 2015, às 19h55min.

_____, **Supremo Tribunal Federal.** RE 591054 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 23/10/2008, DJe-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC 14-11-2008 EMENT VOL-02341-16 PP-03104 LEXSTF v. 31, n. 361, 2009, p. 256-259. Disponível à: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28inqu%E9ritos+policiais+e+a%E7%F5es+penais+em+curso+dosimetria+da+pena%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pkaafew>. Acesso em: 04 de julho de 2015, às 16h10min;

_____, **Supremo Tribunal Federal.** HC 104266, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 12/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-098 DIVULG 25-05-2015 PUBLIC 26-05-2015. Disponível à: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28inqu%E9ritos+policiais+e+a%E7%F5es+penais+em+curso+dosimetria+da+pena%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pkaafew>.