

EULLER ANTUNES QUARESMA

**A (DES)CONSIDERAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES  
PENAIIS EM CURSO COMO CAUSA EXASPERADORA NA  
DOSIMETRIA DE PENA E ANÁLISE DO JULGAMENTO DO  
RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 591054 PELO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

TEÓFILO OTONI – MG  
FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI  
2015

EULLER ANTUNES QUARESMA

**A (DES)CONSIDERAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES  
PENAIIS EM CURSO COMO CAUSA EXASPERADORA NA  
DOSIMETRIA DE PENA E ANÁLISE DO JULGAMENTO DO  
RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 591054 PELO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das  
Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, como  
requisito parcial à obtenção do título de Bacharel  
em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. César Cândido Neves Júnior

TEÓFILO OTONI – MG  
FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI  
2015

## FOLHA DE APROVAÇÃO

A monografia intitulada: *A (des) consideração de inquéritos policiais e ações penais em curso como causa exasperadora na dosimetria de pena e análise do julgamento do Recurso Extraordinário nº 591054 do Supremo Tribunal Federal,*

elaborada pelo aluno Euller Antunes Quaresma,

foi aprovada por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, como requisito parcial da obtenção do título de

**BACHAREL EM DIREITO.**

Teófilo Otoni, 24 de novembro de 2015

\_\_\_\_\_  
Professor Orientador: César Cardoso Neves Júnior

\_\_\_\_\_  
Professor Examinador: Gylliard Matos Fantecelle

\_\_\_\_\_  
Professor Examinador: Vinicius Nascimento Cerqueira

Dedicado a minha mãe Floisa, meu pai Milanêz e ao meu irmão Miller, membros que compõem a base sólida da minha formação em todos os aspectos.

Por isso Deus o exaltou soberanamente e lhe outorgou o nome que está acima de todos os nomes, para que ao nome de Jesus, se dobre todo joelho no céu, na terra e nos infernos. E toda língua confesse, para a glória de Deus Pai, que Jesus Cristo é Senhor.

Filipenses 2, 9-11

## RESUMO

Trata-se de trabalho de conclusão do curso de Direito das Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, que tem como título “a (des)consideração de inquéritos policiais e ações penais em curso como causa exasperadora na dosimetria de pena e análise do julgamento do Recurso Extraordinário nº 591054 pelo Supremo Tribunal Federal” e possui como área de concentração precípua o direito penal. O trabalho em apreço teve o fito basilar de analisar a possibilidade de serem considerados, para fins de exasperação na dosimetria de pena, inquéritos policiais e ações penais em andamento em desfavor do réu, sobretudo a partir do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário nº 591054. No que tange aos procedimentos metodológicos e técnicos, o presente trabalho se insere como teórico-dogmático, adotando o método de trabalho bibliográfico, e tem como natureza básica a transdisciplinaridade. Concluiu-se que somente a partir de análise casuística o magistrado pode ter meios para considerar ou não ações penais em curso e inquéritos policiais em andamento como aptas a exasperar a pena do réu para acima do mínimo legal na primeira fase da dosimetria de pena.

**Palavras-chave:** inquéritos policiais; ações penais; dosimetria de pena; exasperação; Supremo Tribunal Federal.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>1 A DOSIMETRIA DE PENA</b> .....	<b>11</b>
1.1 OS SISTEMAS DE DOSIMETRIA DE PENA ADOTADOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	11
1.1.1. O Sistema Bifásico .....	12
1.1.2. O Sistema Trifásico .....	12
<b>2 A FASE DA ANÁLISE ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS</b> .....	<b>18</b>
2.1 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS EM ESPÉCIE .....	19
2.1.1. Culpabilidade.....	19
2.1.2. Antecedentes.....	22
2.1.3. Conduta social.....	23
2.1.4. Personalidade do agente .....	24
2.1.5. Motivos.....	25
2.1.6. Circunstâncias e conseqüências do crime .....	26
2.1.7. Comportamento da vítima .....	27
<b>3 INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM CURSO NO ÂMBITO DA DOSIMETRIA DE PENA</b> .....	<b>29</b>
3.1 CORRENTE PELA “DESCONSIDERAÇÃO” .....	29
3.2 CORRENTE PELA “CONSIDERAÇÃO” .....	32

<b>4 ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 591054 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....</b>	<b>37</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>41</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>44</b>

## INTRODUÇÃO

No âmbito do ordenamento jurídico pátrio, a aplicação do direito penal sempre possuiu especial relevância, seja pelos bens jurídicos tutelados, seja pelos efeitos causados pela sentença penal condenatória em face do réu.

Cumpra salientar que, na maioria dos casos, o poder/dever do Estado de promover o ordenamento social e a aplicação das leis penais, por meio de seus órgãos constituídos, se choca com o arcabouço de princípios, direitos e garantias fundamentais do indivíduo, não por acaso consagradas na Constituição da República.

Nesse íterim, é dever diário dos operadores do direito, mediante a atuação destes nas funções indispensáveis (em sentido amplo) a administração da justiça, seja como advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público, enfim, e, em último plano, ao próprio juiz criminal, a busca incessante por um direito penal que cumpra, efetivamente, as suas funções (preventiva, repressiva e pedagógica), sem desrespeitar, ou, ao menos, desconsiderar os elementos norteadores que buscam fazer com que a pena não se transforme em desmesurada “vingança estatal”.

Sem embargo, é cediço que a sentença criminal, prolatada monocraticamente após o devido processo penal e à luz do que nos autos consta, possui dosimetria de pena composta por um sistema trifásico, a teor do artigo 68 do código penal, sendo tal método dividido pelas fases conhecidas como (i) fixação da pena base, (ii) análise das circunstâncias atenuantes e agravantes e (iii) causas de aumento e diminuição de pena.

Nesse contexto, fazendo um recorte a primeira das aludidas fases, também chamada de fase das circunstâncias sociais e/ou judiciais, esta configura,

pelas peculiaridades e critérios subjetivos que possui, como sendo o campo onde residem inúmeras controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.

Diante desse quadro, o presente trabalho de conclusão do curso, que tem como título “a (des)consideração de inquéritos policiais e ações penais em curso como causa exasperadora na dosimetria de pena e análise do julgamento do Recurso Extraordinário nº 591054 pelo Supremo Tribunal Federal”, possui como área de concentração precípua o direito penal e tem o principal objetivo analisar a possibilidade de serem considerados, para fins de exasperação na dosimetria de pena, inquéritos policiais e ações penais em andamento em desfavor do réu, tendo em vista as correntes doutrinárias e o escólio jurisprudencial a respeito da matéria e, sobretudo, a partir do julgamento, pelo STF, do Recurso Extraordinário nº 591054.

No que tange aos procedimentos metodológicos e técnicos, o trabalho em testilha se insere como teórico-dogmático, pois adotou método de trabalho bibliográfico, construído a partir de análise e releitura das melhores e mais relevantes doutrinas pertinentes ao assunto abordado, evidenciando e distinguindo as principais correntes de pensamento que influem na ciência jurídica e exaram efeitos na jurisprudência.

Destarte, no que se refere aos setores do conhecimento, o trabalho tem como natureza básica a transdisciplinaridade, vez que envolve diferentes ramos do direito. Partindo da área base do direito penal e processual penal, o trabalho incide investigações contidas, dentre outras áreas afins, no direito constitucional, principalmente em relação aos princípios e garantias fundamentais que norteiam as ciências criminais.

Noutro norte, o presente trabalho monográfico é composto por 04 (quatro) capítulos. O primeiro deles trás importante contextualização histórica da aplicação do direito penal na ordem jurídica por meio da ação penal, demonstrando o método pelo qual são construídas as sentenças criminais no âmbito do nosso ordenamento, além de abordar outras noções introdutórias do tema pesquisado.

O segundo tem como enfoque a primeira fase da dosimetria de pena, chamada fase das circunstâncias judiciais, trazendo, além das definições legais previstas na norma penal, os diferentes conceitos e análises da doutrina sobre a aludida etapa da sentença criminal.

A seu turno, o terceiro capítulo entra no cerne da problemática-base do trabalho, pois contrapõe a posição dos operadores do direito que defendem a

desconsideração de inquéritos policiais e ações penais em andamento como circunstância capaz de majorar a pena no réu na primeira fase da sentença, (trazendo as principais citações dos autores escolhidos) com os principais argumentos da corrente que apóia ou crê na possibilidade de exasperação de pena tendo em vista registros criminais constantes em folhas e certidões de antecedentes criminais, mesmo que digam respeito a ações penais não transitadas em julgado, trazendo selecionadas citações e jurisprudências a respeito.

Em desfecho, o capítulo derradeiro faz breve, porém, salutar análise do ponto inovador a respeito do tema do trabalho em apreço, qual seja, o recente julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário nº 591054, que firmou a posição da Corte Superior do ordenamento brasileiro (pelo menos por hora) sobre a questão, verificando o modo pelo qual se posicionaram os doutos Ministros, bem como conjecturando possíveis efeitos advindos ao ordenamento jurídico a partir do acórdão proferido.

## 1 A DOSIMETRIA DE PENA

No âmbito do ordenamento jurídico penal e processual penal pátrio, a fixação, dosimetria ou cálculo da pena privativa de liberdade é entendido como o procedimento pelo qual, no decorrer da sentença criminal, o juiz aplica ao infrator da norma a sanção penal que entende cabível, a partir das peculiaridades do caso concreto e tendo em conta a cominação abstrata trazida pelo legislador, o que faz em observância aos critérios previstos na legislação.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 360) sintetiza que a aplicação da pena:

É o método judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal. 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). Trata-se da fiel aplicação do princípio constitucional da individualização da pena, evitando-se a sua indevida padronização.

Desse modo, a dosimetria de pena possui característica de “discricionariedade juridicamente vinculada”, devido ao fato de que cabe magistrado determinar e fixar a pena conforme o seu livre convencimento, a partir de detida análise a todas as nuances do caso a ser julgado, porém em decisão que seja fundamentada e dentro dos limites estabelecidos nas normas penais correlatas.

### 1.1 OS SISTEMAS DE DOSIMETRIA DE PENA ADOTADOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Na esteira do que preceitua o melhor escólio doutrinário pertinente ao tema, tradicionalmente, o direito penal pátrio adotou dois sistemas ou modelos de dosimetria de pena: o sistema bifásico e o sistema trifásico.

### **1.1.1. O Sistema Bifásico**

O chamado sistema bifásico, cuja autoria é atribuída a Roberto Lyra, tinha como primeiro passo a fixação da pena-base por meio da utilização das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do código penal, conjugada com a análise da ocorrência ou não de circunstâncias atenuantes e agravantes. Após, o cabia ao juiz considerar possíveis causas de aumento ou diminuição de pena aplicáveis.

Esse método de dosimetria, aplicado no Brasil até o ano de 1984, era defendido pelos seus adeptos, conforme Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 394-395), ao argumento de que, em síntese, as circunstâncias judiciais e legais não deveriam ser separadas, eis que coincidentes, sendo necessária a adoção de uma visão mais ampla acerca de tais circunstâncias.

Em tal entendimento, assevera Basileu Garcia (1975, *apud* Cleber Masson, 2014, p. 785):

Parece-nos haver inaceitável artificialismo na separação do trabalho do julgador em três fases. Duas, sem dúvida, serão imprescindíveis, sempre que existir causa de aumento ou de diminuição a atender. Só então surgirá a contingência de fixar-se uma pena-base. Essa designação, corrente em nosso meio, como entre os comentadores italianos, pode ser mantida sem desvantagem. Exprimirá a quantidade fundamental da pena, sobre a qual se computarão os aumentos e diminuições. Não queremos dizer que a verificação não possa tripartir-se, mas, tão só, que não há necessidade. (...) Nada impede que o juiz, no uso dos seus largos poderes, complique um pouco mais o seu labor espiritual, detendo-se numa etapa provisória, na certeza de que terá imediatamente de alterar o resultado colhido, ante a eficácia de agravantes e atenuantes obrigatórias, já presentes na sua consciência ao início da operação.

### **1.1.2. O Sistema Trifásico**

A segunda forma de dosimetria de pena do ordenamento pátrio, e utilizada nos dias atuais, é composta por um sistema trifásico, cuja criação é atribuída ao jurista Nelson Hungria.

Tal sistema foi adotado com o advento da chamada reforma da parte geral do código penal, ocorrida a partir da promulgação da Lei nº 7.209/1984, que alterou diversos artigos do aludido código.

No ponto, ensina Fernando Capez (2011, p. 475):

Emprego do sistema trifásico para aplicação da pena: o Código Penal, em seu art. 68, adotou o sistema trifásico de cálculo da pena, acolhendo, assim, a posição de Nelson Hungria, que sustentava que o processo individualizador da pena deveria desdobrar-se em três etapas:

1ª) o juiz fixa a pena de acordo com as circunstâncias judiciais;  
2ª) o juiz leva em conta as circunstâncias agravantes e atenuantes legais;  
3ª) o juiz leva em conta as causas de aumento ou de diminuição de pena. Esse é o sistema que deverá ser respeitado pelo juiz ao calcular a pena imposta ao réu na sentença condenatória, em atenção à norma constitucional que obriga a lei a regularizar a individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI).

Cumprido ressaltar, contudo, no que concerne a pena de multa, subsiste certa forma de sistema bifásico, nos termos do artigo 49, *caput* e §1º do código penal, eis que, conforme o artigo citado, cabe ao julgador fixar inicialmente o número de dias-multa e, posteriormente, estabelecer o valor de cada dia-multa.

Sem embargo, no que diz respeito a fixação das penas privativas de liberdade, o método trifásico está previsto expressamente no artigo 68, *caput*, do código penal, o qual dispõe que “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”.

Desse modo, primeiramente o juiz criminal deve fixar a pena-base, norteando-se pelos quesitos elencados no aludido artigo 59, *caput*, do código penal, que assim prevê:

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: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Ato contínuo, o magistrado deve analisar e ponderar acerca das circunstâncias agravantes e atenuantes, nas quais se destacam as que estão contidas, respectivamente, no artigo 61 e no artigo 65, ambos do código penal. Senão veja-se:

### **Circunstâncias agravantes**

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - a reincidência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - ter o agente cometido o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;

j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;

l) em estado de embriaguez preordenada.

(....)

### **Circunstâncias atenuantes**

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - o desconhecimento da lei; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - ter o agente: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Vale lembrar que outras circunstâncias agravantes e atenuantes estão previstas, respectivamente, nos artigos 62 e 66, ambos do Código Penal.

No último passo ou fase, o julgador observará a possível incidência de causas de aumento e diminuição de pena, as quais estão esparsas pelo código penal e na legislação extravagante.

Como exemplo de causa de diminuição de pena, tem-se a que está disposta no artigo 14 do código penal, o qual expressamente prevê diminuição da pena no caso de crime praticado na forma tentada, a saber:

Art. 14 - Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

(...)

**Tentativa** (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

**Pena de tentativa** (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

**Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (grifou-se)**

Lado outro, como amostra de causa de aumento de pena, o art. 157, § 2º do código penal dispõe acerca de tais causas em determinadas situações relacionadas ao crime de roubo. *Ipsis litteris*:

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

(...)

**2º - A pena aumenta-se de um terço até metade :**

**I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;**

**II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;**

**III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância.**

**IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior;**

**V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.**

(o grifo não está no original)

O sistema trifásico é comumente elogiado pelos operadores e militantes da área jurídica, os quais consideram que este possibilita melhor uso do direito constitucional de ampla defesa, principalmente devido ao fato de melhor individualizar e pormenorizar os critérios adotados.

Nessa baila, aduz Damásio de Jesus (2011, p. 632):

Se o Direito Penal moderno tem por princípio fundamental a individualização da pena, e se é obrigatória sua motivação pormenorizada na sentença, entendemos que a tríplice operação atende ao interesse de o réu saber por que o juiz fixou determinada quantidade. As três fases não prejudicam o réu, mas, ao contrário, permitem que analise, em etapas sucessivas, por

que o juiz chegou a condená-lo a determinada pena. Quanto mais pormenorizada a sentença, mais se atende ao reclamo de individualização da sanção penal.

Nessa ordem de idéias, a doutrina alerta quanto à aplicação de tal método ao caso concreto, de forma que este seja melhor utilizado pelo julgador.

A título exemplificativo, Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 667) afirma:

(...) Assim, todas as operações realizadas na dosimetria da pena, que não se resumem a uma simples operação aritmética, devem ser devidamente fundamentadas, esclarecendo o magistrado como valorou cada circunstância analisada, desenvolvendo um raciocínio lógico e coerente que permita às partes acompanhar e entender os critérios utilizados nessa valoração.

Já Guilherme de Souza Nucci (2005, p. 183) cita que, em muitos casos, o magistrado passa “ao largo da riqueza de elementos estampada no art. 59, despreza agravantes e atenuantes, bem como eleger aumentos e diminuições sem critério subjetivo, mas simplesmente aritmético”.

É possível entender que as posições acima citadas refletem o sentimento de preocupação dos doutrinadores e operadores do direito no tocante aos critérios que venham a ser adotados pelo magistrado no momento da feitura da dosimetria de pena, deixando clara a necessidade de uma análise pormenorizada de todas as circunstâncias inerentes ao fato, com a devida fundamentação, não incorrendo no risco de serem deixadas de lado questões relevantes e, por conseguinte, aptas a majorar ou minorar a pena no caso concreto.

Noutro norte, para Alberto Silva Franco (1995, *apud* Fernando Capez, 2011, p. 475), a mencionada reforma do código penal (Lei 7.209/1984), embora tenha estabelecido o critério trifásico como regra para dosimetria de pena, teria criado uma quarta fase, consistente na substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos ou pela pena pecuniária.

Não obstante, tal visão, na atual conjuntura, é considerada de cunho minoritário, visto que, nos termos da pesquisa doutrinária ora efetuada, não é acompanhada ou defendida por qualquer outro destacado autor da área.

## 2 A FASE DA ANÁLISE ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

A primeira etapa da dosimetria da pena, conforme supracitado, constitui-se da fase de análise às circunstâncias judiciais. Tais circunstâncias, de acordo com Damásio de Jesus (2011, p. 600) “denominam-se judiciais porque seu reconhecimento é deixado ao poder discricionário do juiz.”

Apresentando um conceito mais completo acerca de tal nomenclatura, Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 660) ensina que:

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.

Lado outro, as aludidas circunstâncias também são conhecidas como circunstâncias inominadas, conforme ensina Cleber Masson (2014, p. 741):

Essas circunstâncias são também conhecidas como inominadas, porque a lei não lhes fornece nomenclatura específica, ao contrário do que fez com as circunstâncias legais. Têm caráter residual ou subsidiário, pois apenas podem ser utilizadas quando não configurarem elementos do tipo penal, qualificadoras ou privilégios, agravantes ou atenuantes genéricas, ou ainda causas de aumento ou de diminuição da pena, todas elas preferenciais pelo fato de terem sido expressamente definidas em lei.

O referido estágio na dosimetria deve acrescer a pena mínima abstrata cominada ao tipo (índice previsto em lei ao crime praticado), os critérios pessoais do autor do fato, a saber: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, além do comportamento da vítima, nos termos do artigo 59, *caput*, do Código Penal Brasileiro (integralmente citado alhures).

Em tal passo, ocorre a fixação da pena-base que será imposta ao réu e, conforme prelecionam André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2012, p. 421): “ao término da primeira fase, a pena-base deve estar dentro dos limites previstos em abstrato para a infração penal, ou seja, não pode estar aquém do mínimo ou além do máximo.”

Com efeito, esta primeira fase da dosimetria de pena configura, pelas peculiaridades, critérios subjetivos que possui e pelas as inúmeras possibilidades postas ao julgador, como sendo o campo onde residem inúmeras controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.

Nesse sentido, tendo em vista o escopo que o presente trabalho monográfico possui, cumpre buscar entender, no bojo das mencionadas circunstâncias judiciais, se ações penais em curso e inquéritos policiais em desfavor do réu têm o condão de, ao exasperar a pena mínima cominada ao tipo, influir efetivamente no cálculo de dosimetria de pena.

Para tanto, é imprescindível, para a correta compreensão da mencionada etapa de dosimetria de pena, tecer considerações e buscar o devido entendimento das circunstâncias judiciais em espécie, inclusive devido a relevância que a análise das referidas circunstâncias possui para a sentença criminal, conforme ensinam André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2012, p. 424):

**É com base nas circunstâncias judiciais em análise que o juiz escolhe a pena que será aplicada dentre as previstas (privativa de liberdade ou multa), fixa o seu montante, determina o regime inicial e, por fim, verifica a possibilidade de substituição da pena de prisão por restritiva de direitos ou multa.** Existem, ainda, outros dispositivos no Código Penal e em leis especiais que vinculam a concessão de benefícios ao fato de serem favoráveis as circunstâncias judiciais. É o que ocorre, por exemplo, em relação ao sursis (art. 77, II, do CP), à transação penal (art. 76, § 2º, III, da Lei n. 9.099/95) e à suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95).  
(grifou-se)

## 2.1 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS EM ESPÉCIE

### 2.1.1. Culpabilidade

De início, cumpre salientar que, no âmbito do direito penal, a culpabilidade consiste em um instituto amplo e elementar, o qual deve ser observado tanto para a constatação do crime quanto para a aplicação da pena.

Diante disso, Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 365), separa a análise da culpabilidade em dois sentidos diversos: lato e estrito.

Com efeito, a culpabilidade em sentido estrito é tomada como base para compor a própria existência do delito. Isso, pois, nos termos dos melhores ensinamentos doutrinários a respeito do tema, o caminho para a correta configuração de crime está vinculado a existência de um fato típico, antijurídico e culpável, ou seja, dotado de culpabilidade.

Sobre o assunto, preleciona Damásio de Jesus (2011, p. 195-196):

Para que haja crime é preciso, em primeiro lugar, uma conduta humana positiva ou negativa (ação ou omissão). Mas nem todo comportamento do homem constitui delito. Em face do princípio de reserva legal, somente os descritos pela lei penal podem assim ser considerados. Portanto, p. ex., a subtração de coisa com a simples intenção de usá-la (furto de uso) é fato irrelevante para a nossa legislação penal, pois não se subsume à norma penal incriminadora do art. 155. Falta-lhe o fim de assenhoreamento definitivo (o animus rem sibi habendi), contido na expressão “para si ou para outrem” do tipo. Sem ele o fato não se ajusta à norma. É atípico. **Dessa forma, somente o fato típico, i. e., o fato que se amolda ao conjunto de elementos descritivos do crime contido na lei, é penalmente relevante.** A esfaqueia B, matando-o. O sujeito, por meio de uma ação, lesou um bem jurídico, qual seja, a vida de um homem. A conduta de A, portanto, deve corresponder a um fato que a lei penal descreve como crime. Visto o CP, encontramos, no art. 121, caput, o fato de matar alguém com o nomen juris “homicídio simples”, a que o legislador comina a pena de seis a vinte anos de reclusão. Há, assim, um fato que se subsume a uma norma penal incriminadora, que se denomina fato típico. É este o primeiro requisito do crime.

**Não basta, porém, que o fato seja típico para que exista crime. É preciso que seja contrário ao direito, antijurídico.** O legislador, tendo em vista o complexo das atividades do homem em sociedade e o entrelaçamento de interesses, às vezes permite determinadas condutas que, em regra, são proibidas. Assim, não obstante enquadradas em normas penais incriminadoras, tornando-se fatos típicos, não ensejam a aplicação da sanção. P. ex.: A, em legítima defesa, atira em B, matando-o. O fato se enquadra na descrição legal do homicídio: é típico. Mas, não basta seja típico, necessita também ser contrário à ordem jurídica. E, no caso, concorre uma causa de exclusão da antijuridicidade, prevista nos arts. 23, II, e 251. Excluída a antijuridicidade, não há crime. É, pois, a antijuridicidade o segundo requisito do crime. Por meio do juízo de valor sobre ela é que se saberá se o fato é ou não contrário ao ordenamento jurídico. Verificada a ilicitude do comportamento, teremos os dois requisitos do crime: fato típico e antijuridicidade.

**De observar, porém, que não basta seja o fato típico e antijurídico. Exige-se, ainda, que o agente seja culpável.** Ex.: A atira em B, matando-o. Prova-se que A, por erro de proibição invencível, acreditava achar-se na iminência de uma agressão injusta. Ocorre uma causa de exclusão da culpabilidade, chamada erro de proibição (discriminante putativa versando

sobre a ilicitude da agressão). Aplica-se o art. 21, caput, 2.<sup>a</sup> parte, do CP. O fato é típico e antijurídico, mas não incide o juízo de reprovação social (culpabilidade). O crime existe, mas o sujeito não sofre pena, uma vez que está ausente a culpabilidade.  
(grifou-se)

Desse modo, integra-se o chamado conceito analítico de crime, adotado e difundido por grande parte da doutrina, composto, necessariamente, pelos caracteres acima mencionados (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade).

Em conformidade, assevera Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 233):

**Além dos conhecidos conceitos formal (crime é toda a ação ou omissão proibida por lei, sob a ameaça de pena) e material (crime é a ação ou omissão que contraria os valores ou interesses do corpo social, exigindo sua proibição com a ameaça de pena), faz-se necessária a adoção de um conceito analítico de crime. Os conceitos formal e material são insuficientes para permitir à dogmática penal a realização de uma análise dos elementos estruturais do conceito de crime.**

A elaboração do conceito analítico começou com Carmignani (1833), embora encontre antecedentes em Deciano (1551) e Bohemero (1732). Para Carmignani, a ação delituosa compor-se-ia do concurso de uma força física e de uma força moral. Na força física estaria a ação executora do dano material do delito, e na força moral situar-se-ia a culpabilidade e o dano moral da infração penal. Essa construção levou ao sistema bipartido do conceito clássico de crime, dividido em aspectos objetivo e subjetivo, que perdurou até o surgimento do conhecido sistema clássico Liszt-Beling. A despeito de certa imprecisão sobre o período do surgimento do conceito analítico de delito, é certo, contudo, que sua elaboração somente veio a completar-se com a contribuição decisiva de Beling (1906), com a introdução do elemento tipicidade. Embora a inicialmente confusa e obscura definição desses elementos estruturais, que se depuraram ao longo do tempo, o conceito analítico predominante passou a definir o crime como a ação típica, antijurídica e culpável.  
(grifou-se)

Noutro norte, entende-se que a circunstância judicial prevista no artigo 59 do código penal seja a culpabilidade em seu sentido lato, eis que, ao compor um dos critérios para fixação da pena-base, diz respeito a uma visão mais ampla sobre a reprovabilidade da conduta delitiva posta ao crivo do julgador.

No ponto, Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 365), assevera que a culpabilidade em apreço “trata-se, naturalmente, da culpabilidade em sentido lato, ou seja, a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem”.

Para Cleber Masson (2014, p. 743):

A culpabilidade deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade, como o juízo de censura que recai sobre o responsável por um crime ou

contravenção penal, no intuito de desempenhar o papel de pressuposto de aplicação da pena (...).

Dessa forma, atua a culpabilidade como um norteador na dosimetria, de ordem a que, na busca pela justa medida da pena privativa de liberdade, deva o magistrado tomar a culpabilidade como um critério regulador para a fixação da pena-base, ou, como cita Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 660) “a culpabilidade, aqui, funciona como elemento de determinação ou de medição da pena”.

No entanto, certos autores, a exemplo de Fernando Capez (2011, p. 478), argumentam que a expressão culpabilidade no bojo do artigo 59 do código penal teria sido empregada em certo equívoco por parte do legislador. O correto seria “grau de culpabilidade”, sendo este o real critério orientador da dosimetria de pena, de forma a que todos os culpáveis sejam punidos, contudo, aqueles que tiverem um grau maior de culpabilidade possam receber reprimenda estatal mais severa.

### **2.1.2. Antecedentes**

No que concerne aos antecedentes, não há conceito único ou consenso doutrinário a respeito de quais parâmetros podem ser levados em conta, bem como qual seria a amplitude destes na dosimetria de pena.

Sobre o tema, Mirabete (2008, p. 300) assevera que, para análise dos antecedentes:

Verifica-se a vida pregressa do réu, com base no que constar do inquérito policial (artigo 6º, incisos VIII e IX, do CPP) e nos demais dados colhidos durante a instrução do processo, apurando-se se já foi envolvido em outros fatos delituosos, se é criminoso habitual, ou se sua vida anterior é isenta de ocorrências ilícitas, sendo o delito apenas um incidente esporádico.

Alguns chegam a ter uma visão mais ampla, como Miguel Reale Júnior (2003, p. 85), ao citar que “por antecedentes deve-se entender a forma de vida em uma visão abrangente, examinando-se o seu meio de sustento, a sua dedicação a tarefas honestas, a assunção de responsabilidades familiares”.

Assim, na visão do citado autor, a análise dos antecedentes seria capaz de abranger toda a vida pregressa do réu, bons ou maus, em todos os seus aspectos.

Todavia, hodiernamente, verifica-se que a abrangência dos antecedentes foi restringida. Nesse sentido é o escólio doutrinário de Fernando Capez (2011, p. 478-479):

Antecedentes: são todos os fatos da vida pregressa do agente, bons ou maus, ou seja, tudo o que ele fez antes da prática do crime. Esse conceito tinha abrangência mais ampla, englobando o comportamento social, relacionamento familiar, disposição para o trabalho, padrões éticos e morais etc. A nova lei penal, porém, acabou por considerar a “conduta social” do réu como circunstância independente dos antecedentes, esvaziando, por conseguinte, seu significado. Desse modo, antecedentes passaram a significar, apenas, anterior envolvimento em inquéritos policiais e processos criminais. Assim, consideram-se para fins de maus antecedentes os delitos que o condenado praticou antes do que gerou a sua condenação. Os delitos praticados posteriormente não caracterizam os maus antecedentes.  
(...)

Ainda no que tange ao alcance dos antecedentes criminais, sobretudo quanto os critérios a serem adotados para exasperação ou não da pena base, parte da doutrina, a exemplo de Rogério Grego (2007, p. 563-564) considera como antecedentes tão somente as condenações definitivas que não são capazes de induzir situação de reincidência.

### **2.1.3. Conduta social**

No bojo das circunstâncias judiciais para fins de dosimetria de pena, até a chamada reforma do código penal, ocorrida em 1984 (mencionada no capítulo anterior), a conduta social tinha seu conceito abrangido pelos antecedentes. Atualmente, possuem significados diferentes, no sentido de que, enquanto os antecedentes se relacionam efetivamente aos registros criminais do sentenciado, a conduta social possui maior amplitude, dizendo respeito, em última análise, ao comportamento do agente dentro da sociedade, em todos os seus aspectos.

Cleber Masson (2014, p. 745) define que conduta social:

É o estilo de vida do réu, correto ou inadequado, perante a sociedade, sua família, ambiente de trabalho, círculo de amizades e vizinhança etc. Deve ser objeto de questionamento do magistrado tanto no interrogatório como na colheita da prova testemunhal. Se necessária para a busca da verdade real, pode ser ainda determinada a avaliação do acusado pelo Setor Técnico do juízo (avaliação social e psicológica).

Já Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 662) preleciona que:

Conduta social — Deve-se analisar o conjunto do comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na empresa, na associação de bairro etc. Embora sem antecedentes criminais, um indivíduo pode ter sua vida recheada de deslizes, infâmias, imoralidades, reveladores de desajuste social. Por outro lado, é possível que determinado indivíduo, mesmo portador de antecedentes criminais, possa ser autor de atos beneméritos, ou de grande relevância social ou moral. No entanto, nem sempre os autos oferecem elementos para analisar a conduta social do réu; nessa hipótese, a presunção milita em seu favor.

#### **2.1.4. Personalidade do agente**

A seu turno, a personalidade do agente busca analisar ao retrato psíquico do agente infrator da norma. Por essa peculiaridade, é considerada uma das circunstâncias mais complexas entre as previstas no artigo 59 do código penal. Diz respeito à própria índole do indivíduo, suas qualidades morais e sociais, sendo necessário, basicamente, traçar o seu perfil psicológico.

Nesse ponto, a doutrina pondera que o exame da personalidade do agente estaria ligado a outras áreas do conhecimento, ciências alheias ao direito, como a psicologia e a psiquiatria.

Sobre isso, Fernando Capez (2011, p. 482) esclarece que:

(...) Seu conceito pertence mais ao campo da psicologia e psiquiatria do que ao direito, exigindo-se uma investigação dos antecedentes psíquicos e morais do agente, de eventuais traumas de infância e juventude, das influências do meio circundante, da capacidade para elaborar projetos para o futuro, do nível de irritabilidade e periculosidade, da maior ou menor sociabilidade, dos padrões éticos e morais, do grau de autocensura etc. A intensificação acentuada da violência, a brutalidade incomum, a ausência de sentimento humanitário, a frieza na execução do crime, a inexistência de arrependimento ou sensação de culpa são indicativos de má personalidade.

Nesse diagnóstico da personalidade do agente, deve então o magistrado verificar parâmetros como a boa ou má índole do réu, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter, entre outros aspectos.

Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 662) elenca outras situações ou elementos capazes de influir no julgamento da personalidade do agente, como as infrações criminais praticadas por este enquanto menor de idade e as infrações criminais praticadas pelo réu depois do crime objeto dos autos em que está sendo procedida a dosimetria de pena.

Por fim, Rogério Grego (2011, p. 156) pondera pela incapacidade técnica do magistrado criminal para feitura de tal análise:

Acreditamos que o julgador não possui' capacidade técnica necessária para a aferição de personalidade do agente, incapaz de ser por ele avaliada sem uma análise detida e apropriada de toda a sua vida, a começar pela infância. Somente os profissionais de saúde (psicólogos, psiquiatras, terapeutas, etc.), é que, talvez, tenham condições de avaliar essa circunstância judicial. Dessa forma, entendemos que o juiz não deverá levá-la em consideração no momento da fixação da pena-base.

### **2.1.5. Motivos**

Os motivos do crime estão ligados aos fatores precedentes que induziram à ação delituosa. Em outras palavras, tratam das razões que possam ter levado o agente ao cometimento do ilícito.

Nessa senda, Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 372) esclarece que:

(...) Todo crime tem um motivo, que pode ser mais ou menos nobre, mais ou menos repugnante. Lembremos, ainda, que o motivo pode ser consciente (vingança) ou inconsciente (sadismo), além do que pode figurar como causa ou razão de ser da conduta (agir por paga para matar alguém) ou como objetivo da conduta (atuar por promessa de recompensa para matar alguém), indiferentemente. A avaliação disso faz com que o juiz exaspere ou diminua a pena-base.

Por oportuno, insta salientar que a utilização dos motivos do crime em sede de dosimetria de pena é rara, visto que, na maioria das vezes, a motivação da prática do ato ilícito constitui circunstância qualificadora, causa de aumento ou

diminuição de pena, agravante ou atenuante do caso concreto, não podendo, por tais fatos, ser novamente considerado, em respeito a proibição da dupla valoração de circunstâncias na aplicação da pena (*ne bis in idem*).

Para tanto, vale colacionar a lição de Cleber Masson (2014, p. 746):

Só tem cabimento essa circunstância judicial (favorável ou desfavorável ao réu) quando a motivação do crime não caracterizar qualificadora, causa de diminuição ou de aumento da pena, ou atenuante ou agravante genérica. Exemplo: o motivo fútil é qualificadora do homicídio (CP, art. 121, § 2.º, II) e agravante genérica para os demais crimes (CP, art. 61, II, “a”). Destarte, se fútil o motivo, será utilizado como qualificadora ou agravante genérica, conforme o caso, e não como circunstância judicial desfavorável, evitando-se o *bis in idem*.

### **2.1.6. Circunstâncias e consequências do crime**

No que diz respeito às circunstâncias e consequências do crime, Fernando Capez (2011, p. 483) assevera que tais elementos possuem caráter genérico, podendo as circunstâncias dizer respeito, à luz do caso concreto, a fatores como o lastro temporal (duração) do crime, ao local em que este foi cometido, à atitude de frieza e/ou insensibilidade do sujeito ativo após a prática da conduta delitiva, tudo isso podendo indicar, à análise do julgador, maior periculosidade do criminoso.

O mesmo autor assevera que as consequências cuidam da extensão do dano provocado pelo cometimento do crime, que podem ser consideradas na aplicação da pena, desde que não configurem circunstâncias legais.

Nesse quadro, a título ilustrativo, pode-se citar, hipoteticamente, um caso do chamado latrocínio (prática de roubo que culmina com morte) em que a vítima era casada, arrimo de família, e falece deixando, além da viúva (a qual cuidava exclusivamente dos afazeres domésticos), sete filhos menores, sendo um deles portador de necessidades especiais. No caso, indubitavelmente, as consequências advindas da prática delituosa não devem ser desprezadas pelo magistrado no momento da dosimetria de pena, tendo em vista a danosidade ocasionada.

Acerca do tema, ensinam André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2012, p. 423):

### Circunstâncias do crime

Refere-se o dispositivo à maior ou menor gravidade do delito em razão do *modus operandi* no que diz respeito aos instrumentos do crime, tempo de sua duração, forma de abordagem, comportamento do acusado em relação às vítimas, local da infração etc. Não se pode aplicar a mesma pena para um roubo em que a vítima ficou na rua à mercê do assaltante por apenas 30 segundos e para aquele cometido no interior de uma residência em que uma família inteira ficou dominada por horas pelos roubadores, sob a mira de armas, enquanto eles arrecadavam os bens. Da mesma maneira, existe maior gravidade na conduta de quem, em crime de estupro, mantém conjunção carnal prolongada com a vítima, ou, em delito de roubo, que a agride de forma desmesurada, exagerada, realizando um verdadeiro espancamento. Merece, outrossim, maior reprimenda o acusado que humilha ou maltrata desnecessariamente a vítima durante a prática do crime, ou que, no caso de assalto, mantém dezenas de vítimas sob a mira de armas de fogo.

### Consequências do crime

Esta é uma das circunstâncias judiciais mais importantes e que merece especial atenção por parte dos juízes. Refere-se à maior ou menor intensidade da lesão ao bem jurídico e às sequelas deixadas na vítima. No crime de lesões corporais culposas, por exemplo, não existe no tipo penal gradação baseada na gravidade da lesão, de modo que é justamente na fixação da pena-base que o juiz deve verificar se a lesão é leve ou grave. No crime de extorsão mediante sequestro, a consumação se dá com a captura da vítima, sendo o pagamento do resgate mero exaurimento, que não altera a capitulação do delito, mas pode ser considerado pelo juiz como circunstância inominada para agravar a pena. Nos crimes contra o patrimônio, em geral, o fato de o prejuízo para a vítima ser muito elevado também deve ser levado em conta. Da mesma forma, merece pena maior quem mata uma mulher ciente de que ela deixará crianças órfãs. É, também, muito comum que vítimas de crimes violentos narrem traumas psicológicos que subsistem por meses ou anos após o delito, o que também deve ser sopesado pelo magistrado.

## 2.1.7. Comportamento da vítima

O comportamento da vítima, derradeira circunstância judicial elencada no artigo 59 do código penal, pode ser entendida como a ação ou omissão do próprio sujeito passivo (agente que sofre a ação delituosa) que possa ter contribuído, de alguma forma, para o cometimento do crime.

Em outras palavras, de acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 663), é comportamento, por parte da vítima, que tenha contribuído para fazer surgir no delinquente o chamado “impulso delitivo”.

Nesse diapasão, conceituando e apresentando exemplos práticos a respeito do instituto, discorre Cleber Masson (2014, p. 747):

É a atitude da vítima, que tem o condão de provocar ou facilitar a prática do crime. Cuida-se de circunstância judicial ligada à vitimologia, isto é, ao estudo da participação da vítima e dos males a ela produzidos por uma infração penal.

**Nesse sentido, aquele que abertamente manuseia grande quantidade de dinheiro em um ônibus, por exemplo, incentiva a prática de furtos ou roubos por ladrões. E a mulher que, interessada em lucros fáceis, presta favores sexuais mediante remuneração em estabelecimento pertencente a outrem, colabora para o crime de favorecimento da prostituição, tipificado pelo art. 228 do Código Penal.**

**Fácil concluir, portanto, que se trata de circunstância judicial favorável ao réu.**

(grifou-se)

Desse modo, a depender do contexto e das particularidades do caso concreto, se o magistrado observar que o comportamento da vítima possa ter, de certo modo, estimulado a ocorrência do crime, e, conseqüentemente, o seu resultado, ou mesmo tenha influenciado de forma negativa o autor, é possível que a pena-base, nesse ponto, seja reduzida.

Júlio Fabbrini Mirabete (*apud* Rogério Greco, 2011, p. 157), pondera que:

Estudos de Vitimologia demonstram que as vítimas podem ser 'colaboradoras' do ato criminoso, chegando-se a falar em 'vítimas natas' (personalidades insuportáveis, criadoras de casos, extremamente antipáticas. pessoas sarcásticas, irritantes, homossexuais e prostitutas etc.). Maridos verdugos e mulheres megeras são vítimas potenciais de cônjuges e filhos; homossexuais. prostitutas e marginais sofrem maiores riscos de violência diante da psicologia doentia de neuróticos com falso entendimento de justiça própria.

### 3 INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM CURSO NO ÂMBITO DA DOSIMETRIA DE PENA

#### 3.1 CORRENTE PELA “DESCONSIDERAÇÃO”

No ordenamento jurídico brasileiro, existe e persiste intenso dissídio doutrinário e jurisprudencial a respeito da consideração ou não de inquéritos policiais e ações penais em curso para fins de exasperação da pena-base na primeira fase da dosimetria.

A primeira corrente a respeito do tema figura no sentido de que a ausência de condenação penal definitiva, ou seja, transitada em julgado, impede o aumento da pena-base lastreada em registros criminais, seja no que diz respeito a maus antecedentes, conduta social ou personalidade do agente, nos moldes do art. 59 do código penal.

Para tanto, é tomado como base o princípio constitucional da não-culpabilidade, também chamado de presunção de inocência, interpretado no sentido de que tão somente ações penais irrecorríveis (e não passíveis de configurar reincidência penal) poderiam acarretar hipótese de circunstância judicial negativa e, assim, exasperar a pena-base calculada ao réu.

Marcando posição doutrinária, aduz Rogério Greco (2007, p. 564):

**(...) Entendemos que, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência, somente as condenações anteriores com trânsito em julgado, que não sirvam para forjar a reincidência, é que poderão ser consideradas em prejuízo do sentenciado (...).**  
(grifou-se)

Nesse sentido, Damásio de Jesus (2000, p. 198) é firme no entendimento de que não devem ser utilizados em detrimento do réu, processos em curso,

inquéritos em andamento, sentenças condenatórias ainda não confirmadas, bem como fatos posteriores não relacionados ao crime objeto da ação penal.

Não diferente é o posicionamento de Luís Flávio Gomes, mencionada em artigo que envolve a questão:

Se todo acusado é presumido inocente, até que a sentença definitiva o reconheça culpado (CF, art. 5º, inc. LVII), jamais o inquérito policial ou a ação penal em andamento pode ser considerado como antecedente criminal. Pensar de forma diferente significa conceber clara violação ao princípio da presunção de inocência.

(...)

(Inquérito em andamento constitui antecedente criminal?  
Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11934>>)

Aliado a tal ponto de vista e afirmando que tal corrente estaria de acordo com a moderna interpretação e aplicação do direito penal, feita à luz do direito constitucional e de seu arcabouço de direitos fundamentais (portanto, conforme o que atualmente se denomina “direito penal constitucional”), preleciona Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 661):

**Com efeito, 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. (...)

(grifou-se)

No que tange a visão dos tribunais, o Superior Tribunal de Justiça, notadamente adotando o entendimento pela “desconsideração” no âmbito daquela egrégia corte, prolatou a súmula nº 444, a qual dispõe em seu enunciado, *in verbis*: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena base”.

Ao pontuar a respeito da aludida súmula, ensina Cleber Masson (2014, p. 745):

No Superior Tribunal de Justiça, é pacífico o entendimento no sentido de que responder a processo criminal não significa ter maus antecedentes, uma vez que só se considera o réu culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. **Além disso, o agente não pode ser prejudicado pela simples existência de inquéritos policiais, em curso ou arquivados, ou de ação penal, em andamento ou com a pretensão punitiva julgada improcedente por insuficiência de provas.** (...)

(grifou-se)

Ressalta-se que a mencionada súmula 444 do STJ, embora não tenha caráter vinculante (eis que tal prerrogativa é privativa do Pretório Excelso), é um dos fundamentos mais relevantes e utilizados, no bojo de sentenças criminais de casos concretos, para a “desconsideração” ou completa desinfluência de inquéritos e ações penais em andamento na dosimetria em pena em desfavor do réu.

Percebe-se que tal quadro ocorre tanto no juízo *a quo* quanto, inclusive, em sede recursal, na medida em que os tribunais superiores, com arrimo na referida súmula, tendem a reformam a dosimetria de pena feita pelo juiz monocrático que porventura tenha ido de modo contrário a visão pela “desconsideração” de inquéritos e ações penais em curso em desfavor do réu.

A título exemplificativo compila-se recente jurisprudência:

**PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. REVISÃO CRIMINAL. SONEGAÇÃO FISCAL. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. NÃO APLICABILIDADE. SÚMULA 444 DO STJ. VIOLAÇÃO.** 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. A sentença condenatória, ao contrário do que defende a impetrante, fundamenta exaustivamente o agravamento da pena imposta ao paciente, ponderando adequadamente as circunstâncias judiciais para justificar a fixação de pena-base significativamente superior ao mínimo legal (com exceção dos maus antecedentes). 3. Esta Quinta Turma entende ser desnecessária a menção expressa às circunstâncias judiciais na inicial acusatória para que o juiz possa conhecê-las e quantificá-las na dosimetria da pena. Não há que se falar em ofensa ao princípio da congruência entre acusação e sentença. 4. **As instâncias ordinárias, ao fixarem a pena-base acima do mínimo legal, valoraram negativamente como circunstância judicial desfavorável ao paciente a existência de processo criminal ainda não definitivamente julgado, em manifesto confronto à Súmula 444 do STJ, que dispõe ser "vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base", sendo certo que, ao tempo da não admissão do recurso especial, já havia sido editada o referido verbete.** 5. O redimensionamento da pena-base deve desconsiderar tão somente os processos criminais existentes contra o paciente pendentes de julgamento ao tempo da condenação atacada. Isso porque inexistem óbices ao cômputo de condenação prescrita como circunstância judicial desfavorável, conforme precedentes. 6. Habeas corpus não concedido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais.

(STJ - HC: 245963 RJ 2012/0124103-3, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 12/05/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/05/2015)

(grifou-se)

Sem embargo, o Supremo Tribunal Federal possui precedentes favoráveis a corrente da “desconsideração”, conforme se depreende dos seguintes julgados:

**(...) A mera sujeição de alguém a simples investigações policiais (arquivadas ou não) ou a persecuções criminais ainda em curso não basta, só por si – ante a inexistência, em tais situações, de condenação penal transitada em julgado –, para justificar o reconhecimento de que o réu não possui bons antecedentes. Somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena, pois, com o trânsito em julgado, descaracteriza-se a presunção *juris tantum* de inocência do réu, que passa, então, a ostentar o status jurídico-penal de condenado, com todas as consequências legais daí decorrentes.** Precedentes. Doutrina. A presunção constitucional de inocência no vigente ordenamento positivo brasileiro. A evolução histórica desse direito fundamental titularizado por qualquer pessoa, independentemente da natureza do crime pelo qual venha a ser condenada. O status quaestionis no direito internacional: proteção no âmbito regional e no plano global. Presunção de inocência: direito fundamental do indivíduo e limitação ao poder do Estado (ADPF 144/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, v.g.). Doutrina. Precedentes (STF) (STF: HC 97.665/RS, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 04.05.2010). (grifou-se)

**(...) Mera existência de inquéritos ou de ações penais em andamento não pode ser considerada caracterizadora de maus antecedentes, sob pena de violar o princípio constitucional da não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII).** Superação da Súmula 691. 3. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo de 1º grau que proceda à nova individualização da pena, tendo em vista a necessidade de afastamento dos maus antecedentes, considerados inquéritos e ações penais em curso. (...). (HC 112449, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 05/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-037 DIVULG 25-02-2013 PUBLIC 26-02-2013) (grifou-se)

### 3.2 CORRENTE PELA “CONSIDERAÇÃO”

Noutra baila, a segunda visão sobre o tema, partindo de uma perspectiva mais ampla acerca dos elementos que podem ser considerados na dosimetria de pena, bem como a partir de interpretação ao princípio da isonomia, defendem a tese de que não há vedação para que o juiz criminal exaspere a pena-base do réu devido a inquéritos policiais e ações penais em curso em seu desfavor.

Em tal ótica, estendendo a visão sobre antecedentes criminais e ao ponderar sobre certos aspectos que não poderiam passar despercebidos pelo

jugador quando da dosimetria de pena, Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José Costa Júnior (1995, *apud* Guilherme de Souza Nucci, 2014, p. 370) aduzem que:

**“O julgador, porque fato, não pode deixar de conhecer e considerar outros processos findos ou em curso, como antecedentes, partes da história do réu. Urge integrar a conduta ao *modus vivendi* anterior. Extrair a conclusão coerente com o modo de ser do acusado. Evidentemente com a necessária fundamentação para que se conheça que não ponderou como precedente o que é só antecedente penal”.**  
(grifou-se)

Não diferente é a posição de Roberto Lyra, o qual, citado por Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 370), pontua que “os precedentes penais caracterizam a reincidência, mas os processos arquivados ou concluídos com a absolvição, sobretudo por falta de provas, os registros policiais, as infrações disciplinares e fiscais, podem ser elementos de indicição veemente”.

A *priori*, os defensores de tal tese afirmam inexistir afronta ao princípio da não-culpabilidade ou da presunção de inocência caso a atitude de “consideração” seja tomada pelo julgador, sobretudo, pois, não estaria sendo feito qualquer juízo de valor ou julgamento a respeito dos inquéritos instaurados e das ações em curso, ou seja, não consistiria, sob nenhum aspecto, no ato de condenar ou absolver o réu em processos alheios.

Vale destacar que Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 661), embora, na obra ora citada e referenciada, tenha deixado claro que, pessoalmente, mudou a sua posição a respeito do tema (passando, assim, a compor a corrente pela “desconsideração”), elucida alguns dos principais argumentos utilizados (antes até por ele mesmo) para defender a “consideração”, conforme o trecho destacado a seguir:

De há muito a melhor doutrina sustenta o entendimento de que “inquéritos instaurados e processos criminais em andamento”, “absoluções por insuficiência de provas”, “prescrições abstratas, retroativas e intercorrentes” não podem ser considerados como “maus antecedentes” porque violaria a presunção de inocência. **Sustentávamos tratar-se de equívoco, pois, ao serem admitidos como antecedentes negativos não encerram novo juízo de censura, isto é, não implicam condenação, caso contrário, nos outros processos, nos quais tenha havido condenação, sua admissão como “maus antecedentes” representaria uma nova condenação, o que é inadmissível. Por outro lado, a persistir esse entendimento mais liberal, sustentávamos, restariam como maus antecedentes somente as condenações criminais que não constituíssem reincidência. E, se essa fosse a intenção do ordenamento jurídico, em vez de referir-se**

**“aos antecedentes”, ter-se-ia referido “às condenações anteriores irrecorríveis”.**  
(grifou-se)

Além disso, os operadores jurídicos adeptos a corrente em apreço sustentam que, em virtude das possibilidades dadas ao julgador monocrático pelo artigo 59 do Código Penal, estaria sendo feita, tão somente, a devida individualização da pena no caso concreto, a qual, inclusive, é princípio constitucional (nos termos do art. 5º, XLVI da Constituição da República), além de constituir um norteador salutar do direito penal.

Partindo dessa premissa, o Promotor de Justiça Thomás Luz Raimundo Brito, em artigo a respeito do tema, sintetiza claramente este ponto de vista, citando, inclusive, a posição defendida pelo Ministério Público no bojo dos autos do Recurso Extraordinário Nº 591054, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (o qual será objeto de análise no capítulo subsequente):

(...) A nosso sentir, é possível a majoração da pena-base, por conta da existência de ações penais em andamento. Ressalte-se que processos criminais movidos contra o réu indicam que a conduta social e a personalidade devem ser valoradas, negativamente.

Ora, se testemunhas indicarem que o réu é afeito a desordens, ou atos violentos na comunidade em que vive, haverá a comprovação de que não possui boa conduta social. Deste modo, com mais razão, a prova documental de que o acusado responde a ações penais demonstra que possui má interação com o meio social.

De igual modo, a existência de processos criminais em curso, provada documentalmente, demonstra hipótese de reiteração de práticas delitivas, o que reforça a necessidade de aumento da reprimenda.

Numa palavra, se quando da prolação da sentença houver documento indicativo da existência de processos penais em curso contra o réu, haverá comprovação de má conduta no seio da sociedade e de reiteração da prática de ilícitos penais.

Deste modo, a periculosidade do acusado justifica a aplicação de pena mais severa do que em relação a sentenciado que não figure como réu em qualquer outra ação penal.

Gize-se, a propósito, que a pena-base, nos termos do art. 59, do Código Penal, deve ser necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime, de modo que há de ser mais severa para quem não possui bom comportamento social por reiterar na prática de ilícitos.

Vale escandir, ainda, que, para fins de decretação da prisão preventiva, a periculosidade do acusado é depreensível pela mera notícia da prática de outras infrações penais e, com mais razão, pela prova documental que demonstre figurar o indivíduo como réu em outras ações penais.

Assim sendo, se a existência de processos em curso serve para restringir a liberdade no curso do inquérito ou do processo (quando sequer há previsão de edição de sentença penal), com mais razão, pode servir de fundamento para aumento da pena-base.

Cabe salientar, outrossim, que a desconsideração da existência de ações penais em curso viola o princípio da isonomia, pois consoante bem salientou o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, em sustentação

oral no julgamento do RE 591054, o comportamento social e a personalidade de réu que não responda a nenhum outro processo será semelhante ao de quem responde a outros processos e inquéritos.

Portanto, não vislumbramos violação ao princípio da presunção de inocência, na hipótese de aumento da pena-base do acusado que já responde a ação penal diversa.

(Ações penais e inquéritos policiais em andamento e a pena-base. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/34466/acoes-penais-e-inqueritos-policiais-em-andamento-e-a-pena-base>>).

Nessa toada, o próprio Supremo Tribunal Federal possui decisões que admitiram a possibilidade de exasperação da pena base a partir da existência de inquéritos policiais e ações penais em curso em desfavor do réu.

Eis o seguinte escólio jurisprudencial:

(...)

**1. Ausência de constrangimento ilegal na consideração do fato de o recorrente estar respondendo a outros processos, o que, segundo a jurisprudência da Corte, configura maus antecedentes, circunstância não considerada em nenhum outro momento da fixação da pena. (...)**

(RE 427339, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 05/04/2005, DJ 27-05-2005 PP-00021 EMENT VOL-02193-03 PP-00578)

(grifou-se)

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FUNÇÃO PRECÍPUA DO STF. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. MAUS ANTECEDENTES PARA FIXAÇÃO DA PENA. NÃO OFENDE AO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I - Inexistência de argumentos capazes de afastar as razões expendidas na decisão ora atacada, que deve ser mantida. II - O Supremo Tribunal Federal deve, ante sua função precípua de guardião da Constituição, julgar se o acórdão recorrido deu ao texto Constitucional interpretação diversa da adotada pela Corte. III - **Inquéritos policiais e ações penais em andamento configuram, desde que devidamente fundamentados, maus antecedentes para efeito da fixação da pena-base, sem que, com isso, reste ofendido o princípio da presunção de não-culpabilidade.** IV - Agravo regimental improvido". (STF - AIAgR 604041 RS. Relator Min. Ricardo Lewandowski. 1ª T. Publicação: DJe-092 DIVULG 30-08- 2007 PUBLIC 31-08-2007 DJ 31-08-2007 PP-00030 EMENT VOL-02287-07 PP-01455.)

(grifou-se)

HABEAS-CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INQUÉRITOS. ANTECEDENTES CRIMINAIS. EXASPERAÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA PRESUMIDA. 1. Folha criminal: existência de inquéritos e procedimentos por desacato e receptação. Maus antecedentes. Exasperação da pena. 2. Compreende-se no poder discricionário do juiz a avaliação, para efeito de exacerbação da pena, a existência de

**inquéritos sobre o mesmo fato imputado e outros procedimentos relativos a desacato e receptação, que caracterizem maus antecedentes. 3. Dentre as circunstâncias previstas na lei penal (CP, artigo 59) para a fixação da pena incluem-se aqueles pertinentes aos antecedentes criminais do agente, não se constituindo o seu aumento violação ao princípio da inocência presumida (CF, artigo 5º, LVII). Habeas-corpus indeferido. (STF - HC 81759 SP. Relator Des. Maurício Corrêa. 2ªT. Publicação: DJ 29-08-2003 PP-00035 EMENT VOL-02121-16 PP-03234.)**  
(grifou-se).

Ademais, no âmbito do Supremo Tribunal Federal já houve entendimento, aprovado e consignado em acórdão, de que, embora inquéritos policiais e ações penais em curso não signifiquem, por si sós, maus antecedentes, a partir de uma análise específica do caso concreto seria possível exasperar a pena do réu com base em tais fatores. Veja-se:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO-FIXAÇÃO DO REGIME SEMI-ABERTO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA.

**O simples fato de existirem ações penais ou mesmo inquéritos policiais em curso contra o paciente não induz, automaticamente, à conclusão de que este possui maus antecedentes. A análise do caso concreto pelo julgador determinará se a existência de diversos procedimentos criminais autoriza o reconhecimento de maus antecedentes. Precedentes da Segunda Turma.**

O fato de a autoridade sentenciante não ter levado em conta os maus antecedentes ao fixar a pena-base, na verdade, beneficiou o paciente, de sorte que não há razão para inconformismo, quanto a esse aspecto.

(STF, HC 84.088/MS, relator Ministro JOAQUIM BARBOSA, julgado em 29-11-05, por maioria)

(grifou-se)

#### **4 ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 591054 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

O Recurso Extraordinário nº 591054, julgado de modo definitivo no plenário do Supremo Tribunal Federal em 17 de dezembro de 2014, foi interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele Estado, que, por unanimidade, deu provimento parcial a apelação interposta pela defesa para reduzir as penas atribuídas ao réu pelo cometimento dos delitos tipificados nos artigos 306 (embriaguez) e 311 (dirigir acima da velocidade permitida) da Lei 9.503/1997 (código de trânsito brasileiro), sob o fundamento de que, na dosimetria da pena, foi considerada como maus antecedentes a existência de processos criminais em andamento em desfavor do ora sentenciado.

Insta salientar que o referido recurso já havia sido posto em discussão no plenário da Suprema Corte no dia 05 de junho de 2014, momento em que as posições de divergência entre os respeitáveis Ministros ficaram claras, como se passará a expor.

Na ocasião, primeiramente, o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública (*ex vi* do art. 129, I, da Constituição da República), ao se manifestar sobre o caso, por meio do Procurador Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros, deixou clara a posição do órgão ministerial no sentido da possibilidade de “consideração” de inquéritos policiais e ações penais em curso na dosimetria de pena, à luz do disposto no art. 59 do código penal. Veja-se:

O procurador-geral da República, Rodrigo Janot sustentou que o fato de o réu responder a processos penais e a investigações criminais sem a ocorrência de condenação definitiva deve merecer a atenção do julgador na fixação da pena, pois revela a conduta social do apenado e a sua própria personalidade. Ele ressaltou que o artigo 59 do Código Penal, que estabelece os critérios para o cálculo da pena, é multifacetário, não se restringindo aos antecedentes criminais, mas levando em consideração

também conduta social reprovável e culpabilidade. No entendimento do procurador, esse procedimento não significa violação do princípio constitucional da presunção da inocência, mas desconsiderar essas circunstâncias ofenderia ao princípio da isonomia, pois o comportamento social e a personalidade de réu que não responda a nenhum outro processo seria semelhante ao de quem responde a outros processos e inquéritos. (STF analisa se processos penais em curso podem ser considerados maus antecedentes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=268615&caixaBusca=N>>)

Nesse primeiro julgamento, o relator do caso, Ministro Marco Aurélio, ao votar pelo desprovimento do recurso, adotou a visão de que os inquéritos policiais e as ações penais não transitadas em julgado não podem exasperar a pena do réu, em atenção, segundo estes, ao princípio constitucional da não culpabilidade. O entendimento do referido Ministro foi acompanhado pelos seus pares Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki e Gilmar Mendes.

Relatando tal fato, o Informativo nº 749 do Supremo Tribunal Federal noticiou que:

Inquéritos e ações penais em andamento e maus antecedentes - 1

O Plenário iniciou julgamento de recurso extraordinário em que se discute a possibilidade de inquéritos e ações penais em andamento configurarem maus antecedentes, para efeito de fixação da pena-base. O Ministro Marco Aurélio (relator), acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki e Gilmar Mendes, desproveu o recurso. Explicou que a jurisprudência da Corte sobre o tema estaria em evolução, e a tendência atual seria no sentido de que a cláusula constitucional da não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII) não poderia ser afastada. Apontou semelhante movimento por parte da doutrina, a concluir que, sob o império da nova ordem constitucional, somente poderiam ser valoradas como maus antecedentes as decisões condenatórias irrecorríveis. Assim, não poderiam ser considerados para esse fim quaisquer outras investigações ou processos criminais em andamento, mesmo em fase recursal. Salientou que esse ponto de vista estaria em consonância com a moderna jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Realçou, ainda, recomendação por parte do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, no sentido de que o Poder Público deveria abster-se de prejudicar o acusado. Colacionou, também, o Enunciado 444 da Súmula do STJ (“É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”). Observou que o lançamento, no mundo jurídico, de enfoque ainda não definitivo e, portanto, sujeito a condição resolutive, potencializaria a atuação da polícia judiciária, bem como a precariedade de certos pronunciamentos judiciais. Asseverou que, uma vez admitido pelo sistema penal brasileiro o conhecimento do conteúdo da folha penal como fator a se ter em conta na fixação da pena, a presunção deveria militar em favor do acusado. Alertou que o arcabouço normativo não poderia ser interpretado a ponto de gerar perplexidade. Nesse sentido, elementos passíveis de perder a sustentação fática não poderiam ser sopesados como reveladores de antecedentes.

RE 591054/SC, rel. Min. Marco Aurélio, 5.5.2014. (RE-591054)

Inquéritos e ações penais em andamento e maus antecedentes - 2

O relator asseverou que os dados passíveis de valoração para aferir a culpabilidade deveriam derivar de envolvimento judicial que implicassem condenação definitiva, seja em relação a crimes, seja no tocante a contravenções. Assim, na eventualidade de existirem várias condenações acobertadas pela coisa julgada, remeter-se-ia aos antecedentes negativos e, em seguida, referir-se-ia à reincidência. Além disso, o transcurso do quinquênio previsto no art. 64, I, do CP não seria óbice ao acionamento do art. 59 do mesmo diploma. Por outro lado, ponderou que conflitaria com a ordem jurídica considerar, para a majoração da pena-base, processos que tivessem resultado na aceitação de proposta de transação penal (Lei 9.099/1995, art. 76, § 6º), na concessão de remissão em procedimento judicial para apuração de ato infracional previsto no ECA, com aplicação de medida de caráter reeducacional, na extinção da punibilidade, entre outros, excetuados os resultantes em indulto individual, coletivo ou comutação de pena. Reputou, por fim, que as condenações por fatos posteriores ao apurado, com trânsito em julgado, não seriam aptas a desabonar, na primeira fase da dosimetria, os antecedentes para efeito de exacerbação da pena-base. No ponto, sublinhou que a incidência penal só serviria para agravar a medida da pena quando ocorrida antes do cometimento do delito, independentemente de a decisão alusiva à prática haver sido dada como firme em momento prévio. Sintetizou que deveria ser considerado o quadro existente na data da prática delituosa. O Ministro Roberto Barroso afirmou que a jurisprudência dominante da Corte assentara entendimento de que a presunção de inocência somente se romperia a partir do trânsito em julgado de decisão condenatória. Assim, a falta dessa qualidade da condenação impediria que se levasse em conta, para fins de maus antecedentes, a existência de inquéritos ou de processos judiciais. RE 591054/SC, rel. Min. Marco Aurélio, 5.5.2014. (RE-591054)

Não obstante, os Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia, ao darem provimento ao recurso, exarcebaram entendimento diametralmente oposto, a partir da ampliação dos aspectos contidos no artigo 59 do código penal, da não afronta ao princípio de inocência (não culpabilidade), bem como à luz do princípio da isonomia ou igualdade.

Relatando tais pontos de vista expostos em plenário, prossegue o Informativo nº 749 do STF:

Inquéritos e ações penais em andamento e maus antecedentes - 3

Em divergência, os Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia deram provimento ao recurso. O Ministro Ricardo Lewandowski entendeu que o art. 59 do CP compreenderia diversos aspectos, os quais deveriam ser considerados pelo juiz na dosimetria da pena. Cumpriria, então, ao julgador fixar a reprimenda da maneira que fosse suficiente para a reprovação e a prevenção do crime. Registrou que os antecedentes aludidos no art. 59 do CP não se confundiriam com os passíveis de agravar a pena nos termos do art. 61, I, do mesmo diploma, o qual trataria de reincidência. Exemplificou que haveria acusados com extensa ficha criminal, relativa a passagens pela polícia e a ações penais

em andamento, o que precisaria ser considerado pelo juiz, no âmbito de sua discricionariedade. Assim, o magistrado poderia, com fulcro no art. 59 do CP, ponderar esses maus antecedentes. Por fim, frisou que o recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida diria respeito a teses, e não a casos concretos, razão pela qual superou a questão prejudicial de conhecimento relativa à prescrição, sem prejuízo de assentá-la, eventualmente. A Ministra Rosa Weber consignou que não haveria afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que o juiz, com base nas particularidades da situação concreta, teria a prerrogativa de valorar negativamente, no estabelecimento da pena-base, a existência de diversas investigações e ações penais em desfavor do acusado. O Ministro Luiz Fux aduziu que a presunção de inocência não seria um princípio, mas uma regra passível de interpretação teleológica e sistemática. Assinalou que o antecedente seria tudo aquilo que antecederesse ao fato criminoso, ou seja, a vida “ante acta” do réu. Acresceu que o fato de se levar em consideração os maus antecedentes não significaria, de início, uma condenação. Reputou que, à luz do princípio da igualdade, não se poderia dar tratamento igual para quem nunca tivesse praticado crime e para quem tivesse processos e inquéritos pendentes. Afirmou, ainda, que o Estado teria um direito fundamental que se sobreporia ao do indivíduo, de impor a ordem penal. Por fim, o Plenário deliberou suspender o julgamento. RE 591054/SC, rel. Min. Marco Aurélio, 5.5.2014. (RE-591054)

Após ter sido suspenso, o julgamento voltou à análise do plenário do Supremo Tribunal Federal em 17 de dezembro de 2014, eis que pendente o voto do Ministro Celso de Mello.

No fim, o referido Ministro acabou por acompanhar o entendimento do relator, pelo desprovimento do recurso e conseqüente “desconsideração” ou “desinfluência” de inquéritos e processos em curso.

Desse modo, a ementa do acórdão ficou assim fixada:

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.** (STF – RE n. 591.054-SC, rel. Min. Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 17-12-14).  
(o grifo não está no original)

Com efeito, é forçosa a conclusão de que, à míngua da consolidação de tal decisão em súmula com efeito vinculante ou em diploma normativo expresso, a discussão terá continuidade, em vista das embasadas e divergentes óticas existentes a respeito da matéria.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Lastreado na pesquisa realizada junto à legislação pertinente, aliada com consulta à melhor doutrina e valorosa jurisprudência inerentes ao tema ora abordado, o trabalho em apreço procurou expor e refletir acerca de um dos dissídios mais intensos no contexto do direito penal pátrio: os critérios que podem ser considerados pelo julgador quando da feitura da dosimetria de pena, mais especificamente, se inquéritos policiais e ações penais não transitadas em julgado podem (ou não) justificar exasperação na fixação da pena-base.

Tal discussão, embora não seja moderna, possui capítulo recente no âmbito do ordenamento jurídico, com a ocorrência do julgamento, por parte do Supremo Tribunal Federal em dezembro de 2014, do Recurso Extraordinário nº 591.054, no bojo do qual a discussão já havia sido declarada como tema de repercussão geral, o que já denota, assim, a sua relevância.

Porém, mesmo tendo trago consigo um acórdão respeitável, o julgamento não pôs fim à discussão, antes pelo contrário, visto que exacerbou posições contrárias que, praticamente, “rachou ao meio” o STF (5x4), sendo possível, como em não raras ocasiões, tanto uma mudança de posicionamento daquela Suprema Corte, quanto a aplicação de uma ou outra visão em casos concretos pelos magistrados no território nacional, ante a ausência de norma expressa em sentido inverso ou mesmo súmula vinculante.

Nessa perspectiva, tecendo considerações, ponderando os diferentes posicionamentos visualizados e buscando entender as peculiaridades do tema escolhido, o pesquisador, do ponto de vista pessoal, pôde concluir que é possível o magistrado considerar, na dosimetria de pena, inquéritos policiais e ações penais em curso como circunstância judicial negativa e, assim, exasperar a pena-base, considerando, sobretudo, o caráter subjetivo que o artigo 59 do código penal confere

ao magistrado, no sentido de, nos termos do mencionado diploma legal, ser estipulada pena em *quantum* necessário e suficiente para reprovação e prevenção da infração penal ora cometida.

Contudo, tal atitude só é viável a partir de uma análise casuística detida e pormenorizada, eis que, a depender das nuances do caso concreto, nem todo inquérito instaurado ou ação penal que o réu esteja respondendo revela ou expõe, de modo automático, maus antecedentes, conduta social ou personalidade aptas a configurar circunstância em seu desfavor.

De início, deve-se realçar que não se vê afronta ou desrespeito ao princípio da não-culpabilidade, visto que é crível que considerar como fator que possa exasperar a pena base é diametralmente oposto a pugnar pela condenação ou exercer juízos de valor em processos alheios, ao contrário do alegado pelos defensores da corrente oposta. Até porque, conforme é cediço, na propositura da ação penal, por exemplo, a presença da chamada “justa causa” (lastro probatório mínimo indicativo da autoria e da materialidade delitivas), configura (respeitadas as contendas doutrinárias a este respeito) *conditio sine qua non*, a teor do art. 395, III do Código de Processo Penal.

Em verdade, em concordância a corrente de pensamento pela “consideração”, conforme exposto no decorrer dos capítulos do trabalho em testilha, ao não atribuir qualquer relevância ao fato do réu ostentar registros criminais comprovados, sejam constantes nas folhas ou nas certidões de antecedentes colacionadas aos autos, estaria o magistrado, de maneira equivocada, “igualando desiguais”, na medida em que colocaria o mencionado réu em manifesto pé de igualdade com aqueles cidadãos que nunca tiveram em seu desfavor qualquer inquérito ou ação penal, além de não conferir, à sentença, a individualização adequada de pena. Assim, indubitável que tais circunstâncias merecem atenção especial por parte do juiz criminal.

De mais a mais, percebe-se um desacerto evidente na interpretação que certos operadores do direito possuem de que a aplicação do chamado “direito penal constitucional” estaria vinculada ou atrelada, tão somente, à busca de benesses ou visões sempre favoráveis ao réu, colocando norteadores como a não-culpabilidade em níveis superiores (e até, em certos casos, inalcançáveis) e desprezando princípios como a isonomia e a individualização da pena, os quais possuem igual relevância e necessidade de observação.

Como matéria de ordem pública, o direito penal, embora também tenha razão de existir para frear o ímpeto punitivo estatal, não pode submeter-se a uma perniciosa primazia do interesse particular (do réu) em detrimento dos bens jurídicos tutelados, como ocorre, no sentir desse pesquisador, ao ter o magistrado que, simplesmente, fechar os olhos aos inquéritos e ações penais em curso, em desfavor do réu, na dosimetria de pena.

## REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei N<sup>o</sup> 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Brasília: Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em 20 de agosto de 2015.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n. 245963-RJ 2012/0124103-3, Relator: Ministro Gurgel de Faria. Data de Julgamento: 12/05/2015, 5<sup>a</sup> Turma. Data de Publicação: DJe 28/05/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 07 de novembro de 2015.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 112449, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 05-06-2012, Processo Eletrônico Dje-037. Divulgado em 25/02/2013. Publicado em 26/02/2013. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 17 de outubro de 2015.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 427339, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 05/04/2005, Dj 27/05/2005 Pp-00021, Ement Vol-02193-03 Pp-00578. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 17 de outubro de 2015.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AIaGR 604041 RS. Relator Min. Ricardo Lewandowski. 1<sup>a</sup> T. Publicação: DJe-092. Divulgado em 30/08/2007. Publicado em 31/08/2007 Dj 31/08/2007, Pp-00030, Ement Vol-02287-07, Pp-01455. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 17 de outubro de 2015.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF - HC 81759 SP. Relator Des. Maurício Corrêa. 2<sup>a</sup>T. Publicação: Dj 29/08/2003 Pp-00035, Ement Vol-02121-16 Pp-03234. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 17 de outubro de 2015.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 84.088/MS. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 29/11/2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 06 de outubro de 2015.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 97.665/RS. Relator Min. Celso de Mello. 2ª Turma. Julgado em 04/05/2010. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 06 de outubro de 2015.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE n. 591.054-SC, rel. Min. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, DJe de 26/02/2015. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 17 de outubro de 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo Nº 749.** Brasília/DF, 2 a 6 de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo749.htm>>. Acesso em 11 de outubro de 2015.

BRITO, Thomás Luz Raimundo. **Ações penais e inquéritos policiais em andamento e a pena-base.** Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/34466/acoes-penais-e-inqueritos-policiais-em-andamento-e-a-pena-base>>. Acesso em 10 de outubro de 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 1. vol. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático.** São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Inquérito em andamento constitui antecedente criminal?** Revista Jus Navigandi, Teresina/PI, ano 13, n. 1954, 6 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11934>>. Acesso em: 05 de novembro de 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral.** Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

\_\_\_\_\_. **Código Penal Comentado.** 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

JESUS, Damásio de. **Código penal anotado.** Rio de Janeiro: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal – Parte Geral.** 1. vol. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral.** 1. vol. 8. ed. São Paulo: Método, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal.** São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. **Individualização da pena.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal.** Vol. II. São Paulo: Forense, 2003.

**Supremo Tribunal Federal analisa se processos penais em curso podem ser considerados maus antecedentes.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=268615&caixaBusca=N>>. Acesso em 11 de outubro de 2015.

**Supremo Tribunal Federal decide que processos penais em curso não podem ser considerados maus antecedentes.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=282183>>. Acesso em 11 de outubro de 2015.