

# A INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS FIRMADA NA TESE 129 DA REPERCUSSÃO GERAL: UMA CRÍTICA E UMA PROPOSTA

THE INTERPRETATION OF THE SUPREME FEDERAL COURT ABOUT CRIMINAL BACKGROUND FIRMED IN THESIS 129 OF THE GENERAL REPERCUSSION: A CRITICISM AND A PROPOSAL

**Jorge Paulo Damante Pereira**

*Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Mato Grosso  
Promotor de Justiça do Ministério Público do Mato Grosso*

**RESUMO:** A presente pesquisa tem como objetivo a análise da dignidade do art. 59 do Código Penal, com destaque à possibilidade interpretativa do elemento “antecedentes criminais” para fixação de *quantum* de pena. De forma específica, propõe-se ao exame dos votos referentes à tese 129 proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal. É neste contexto que se desenvolverá o estudo, a partir de ótica principiológica enquanto mandamentos que expressam não só direitos ao cidadão, mas, também, deveres dos julgadores perante a sociedade, aqui em relação à individualização da pena. Pretende-se identificar, portanto, a dimensão dialógica de aplicação de pena inserida em um contexto social-democrático através de esforço interpretativo que permita a compreensão dual do princípio da isonomia. Para tanto, valeu-se da pesquisa bibliográfica qualitativa, utilizando-se de obras específicas e julgados acerca da temática.

**Palavras-chave:** Antecedentes Criminais. Aplicação de pena. Tese 129.

**ABSTRACT:** This research aims to analyze the dignity of art. 59 of the Penal Code, with emphasis on the interpretative possibility of the element “criminal record” for setting the amount of penalty. Specifically, it is proposed to analyze the votes regarding thesis 129 made by the ministers of the Supreme Federal Court. It is in this context that the research will be developed, from a principiological perspective as commandments that express not only rights to the citizen, but also the duties of the judges towards society, here in relation to the individualization of the sentence. It is intended, therefore, to identify the dialogical dimension of punishment inserted in a social-democratic context through an interpretive effort that allows a dual understanding of the principle of isonomy. For that, it used qualitative bibliographic research, using specific works and judged on the theme.

**Keywords:** Criminal Background. Penalty application. Thesis 129.

Enviado em: 21-10-2020

Aceito em: 04-12-2020

## 1 INTRODUÇÃO

Considerando que para os crimes, em geral, a lei penal prevê, em abstrato, uma quantidade variável de pena (mínimo e máximo), faz-se necessária a existência de critérios para que se encontre a pena justa e adequada a cada caso concreto<sup>1</sup>. Sobre o tema, sabe-se que o Código Penal adota o critério trifásico de fixação da pena<sup>2</sup>: a primeira fase serve à fixação da pena-base; a segunda consiste na análise da existência ou não de circunstâncias legais agravantes ou atenuantes e na terceira fase examina-se a incidência ou não de alguma causa geral ou especial de aumento ou diminuição da pena, que, se for o caso, se aplicará sobre a pena intermediária.

Quanto à primeira fase da aplicação da pena, o art. 59, *caput*, do Código Penal, elenca as chamadas circunstâncias judiciais, que não são senão critérios disponibilizados pela lei penal ao juiz para a fixação e individualização da pena-base na sentença penal condenatória, tratando-se, com efeito, de oito balizamentos: (1) culpabilidade, (2) antecedentes, (3) conduta social, (4) personalidade, (5) motivos, (6) circunstâncias do crime, (7) consequências do crime e também (8) o comportamento da vítima.

Ocupamo-nos, neste artigo, com o exame de um desses critérios do art. 59, *caput*, do Código Penal, qual seja, os *antecedentes*, e sua relação com o princípio constitucional de não culpabilidade (art. 5º, LVII, CF)<sup>3</sup>, na interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, especificamente no que se refere à Tese 129 da Repercussão Geral, já que o tema foi exaustivamente examinado no âmbito daquela Corte no julgado do RE nº 591.094 (2014)<sup>4</sup>.

Iniciamos pela análise do voto condutor do Acórdão e dos que o acompanharam, em seguida, ingressamos no exame dos votos divergentes, para, depois, tecermos considerações críticas acerca da não ponderação dos princípios da isonomia e da individualização da pena na fixação da Tese nº 129, finalizando por concluir que a interpretação dada ao tema pelo Supremo Tribunal Federal superestima o princípio de não culpabilidade em detrimento daqueles outros

<sup>1</sup> Aliás, a individualização da pena tem assento constitucional. Art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (...).

<sup>2</sup> Art. 68 do CP: 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.

<sup>3</sup> Ou princípio da presunção de inocência (as duas expressões são correntes na doutrina).

<sup>4</sup> Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7866690>. Acesso em: 15/07/2020.

dois princípios constitucionais citados, ao tempo em que apresentamos uma interpretação diversa, que entendemos dotada de maior racionalidade e também razoabilidade.

## 2 UMA PALAVRA SOBRE O SIGNIFICADO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS

Antes de ingressar no exame do *leading case* da Tese nº 129, permitimo-nos um breve comentário doutrinário sobre o que se entende pela expressão *antecedentes criminais*. De acordo com Greco (2006, p. 602), “os antecedentes dizem respeito a todo histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência”. Para Nucci (2018, p. 436), “trata-se de tudo o que existiu ou aconteceu, no campo penal, ao agente antes da prática do fato criminoso, ou seja, sua vida pregressa em matéria criminal”.

Sobre o tema, veja-se também Jesus (2014, p. 604):

Antecedentes são os fatos da vida pregressa do agente, sejam bons, sejam maus, como, p. ex.: condenações penais anteriores, absolvições penais anteriores, inquéritos arquivados, inquéritos ou ações penais trancadas por causas extintivas da punibilidade, ações penais em andamento, passagens pela Justiça da Infância e Juventude, suspensão ou perda do poder familiar, tutela ou curatela, falência, condenação em separação judicial etc.

De notar-se, por primeiro, que o Código Penal não se utiliza da expressão *maus antecedentes*, mas se vale de *bons antecedentes*. Portanto, para o Código Penal, ou a pessoa tem bons antecedentes ou não os tem, hipótese em que registrará *antecedentes*.

Veja-se, por exemplo, que um dos critérios para a obtenção do livramento condicional é ter bons antecedentes (art. 83, I, CP). Ainda, no crime de apropriação indébita previdenciária, se o agente tiver bons antecedentes poderá se beneficiar com o perdão judicial ou ser punido somente com multa, obedecidos outros critérios cumulativos (art. 168-A, § 3º, CP). Idem ocorre no crime de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, § 2º, CP).

Por outro lado, a existência de antecedentes criminais pode, ao menos segundo o Código Penal: (1) obstar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, III, CP); (2) ser utilizada como um dos critérios para fixação da pena-base do agente (art. 59, *caput*, CP); (3) obstar o reconhe-

cimento do crime continuado nos delitos dolosos cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa (art. 71, parágrafo único, CP); e (4) obstar a suspensão condicional da pena – *sursis* (art. 77, II, CP).

De todo modo, o que parece bem evidenciado é que a *mens legis* foi dispensar tratamento diferenciado a quem pratica um delito como um fato absolutamente isolado em sua vida, de quem comete crimes de forma habitual, reiterada e contumaz<sup>5</sup>, o que nos afigura estar em consonância com o princípio da igualdade e também com o princípio da individualização da pena, conforme comentaremos um pouco à frente em tópico específico (item 4).

Mas vejamos como o Supremo Tribunal Federal fixou sua interpretação do tema.

### 3 DOS FUNDAMENTOS DOS VOTOS FIXADORES DA TESE Nº 129

Tendo por base o já referido *leading case* Recurso Extraordinário nº 591.094, eis o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal:

Decisão: O Tribunal, decidindo o tema 129 da Repercussão Geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente), Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia, firmando-se 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. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux, que proferiu voto em assentada anterior. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 17.12.2014. (BRASIL, 2014, p. 69, online).

A tese foi firmada com base no voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, cujo entendimento foi no sentido de que, à vista do princípio de não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF), inquéritos policiais e processos criminais em curso (ainda que com sentença condenatória, mas não transitada em julgado), não podem ser considerados como circunstância judicial (maus antecedentes) para o fim de servir como critério fixador da pena-base do agente.

Para o Ministro, afigura-se temerário que alguém receba uma pena mais severa por ostentar antecedentes que, no futuro, poderão não se materializar numa sentença penal condenatória com trânsito em julgado, de modo que, a seu

<sup>5</sup> O que o Ministro Lewandowski, rememorando a doutrina, denominará de perseverantia celeris (BRASIL, 2014, p. 40, online).

ver, somente estas podem ser levadas em conta por ocasião da fixação da pena no processo em que houve a condenação.

Da leitura do voto de Sua Excelência o Ministro Relator, constata-se que, a seu ver, quando o aplicador da lei penal se vale de inquéritos policiais em trâmite ou de ações penais em andamento para considerá-los como um dos critérios a interferir na pena-base a ser imposta ao réu no processo que esteja sob exame, isso equivale a considerá-lo também culpado naqueles tais inquéritos policiais em trâmite ou ações penais em andamento, o que implica violação do princípio de não culpabilidade (BRASIL, 2014, p. 7-14, online).

O Ministro Luís Roberto Barroso acompanhou o voto do Relator Ministro Marco Aurélio, mas tendo por fundamento o fato de que o Supremo Tribunal Federal assentara a tese de que a presunção de inocência somente seria superada com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de maneira que entendeu Sua Excelência que “a existência de inquéritos ou de processos judiciais nas hipóteses em que não haja trânsito em julgado” não podem ser levados em conta para a dosimetria da pena no processo em que houve a responsabilização do réu (BRASIL, 2014, p. 17-19, online).

Inicialmente, o voto do Ministro Teori Zavascki convergiu com o entendimento do Relator (BRASIL, 2014, p. 20, online). Entretanto, na retomada do julgamento<sup>6</sup>, o Ministro Teori propôs o que se pode chamar de “um meio-termo”. Ele defendeu que no caso de haver sentença penal condenatória recorrível esta poderia ser considerada como antecedentes na primeira fase da dosimetria da pena e isso não implicaria violação do princípio da presunção de não culpabilidade. Todavia, fato é que manteve seu voto (BRASIL, 2014, p. 36-40, online).

O Ministro Gilmar Mendes também não divergiu: para ele, considerar inquéritos policiais ou ações penais em andamento como maus antecedentes viola o princípio constitucional de não culpabilidade. Gilmar Mendes fundamentou seu voto principalmente na disfuncionalidade do sistema de Justiça Criminal, em que inquéritos policiais tramitam por anos a fio sem desaguarem em ações penais e ações penais que também tramitam por tempo indefinido, de maneira que, sob sua visão, considerá-los como antecedentes implica violar a presunção de inocência (BRASIL, 2014, p. 28-30, online).

<sup>6</sup> O julgamento iniciou-se em 05/06/2014 e foi suspenso quando o placar estava 4 a 4, sendo os votos dos Ministros Marco Aurélio, Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes a favor da tese e os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia contra. O julgamento foi retomado em 17/12/2014, quando então votaram favoravelmente à tese os Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli.

Na mesma linha, seguiu o Ministro Toffoli, para quem somente a “condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena” (BRASIL, 2014, p. 43-46, online).

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, reforçou o seu já conhecido posicionamento sobre o tema, reafirmando sua interpretação no sentido de que a consideração de inquéritos policiais ou ações penais em andamento como antecedentes na primeira fase da dosimetria da pena implica “frontal agressão ao princípio de que todos, sem exceção, presumem-se inocentes” até que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Após citar os documentos internacionais que consagram o princípio da presunção de inocência, o Ministro conclui que este princípio, como direito fundamental que é, constitui-se em uma verdadeira barreira hermenêutica (o que ele nomeia de cláusula de insuperável bloqueio) para a adoção de qualquer interpretação que seja prejudicial ao agente no que se refere ao seu direito de ser sempre considerado inocente (BRASIL, 2014, p. 47-66, online).

Prevaleceu, portanto, por 6 (seis) votos, a ideia de que se o juiz, ao sentenciar o réu no processo em que foi formada a culpa, considerar, em desfavor deste, para fins de aplicação da pena-base, inquéritos policiais ou ações penais a que eventualmente esteja respondendo, é como se o Poder Judiciário estivesse também presumindo a culpa do réu pelos fatos investigados e ou imputados naqueles outros inquéritos policiais ou ações penais.

É esse o raciocínio admitido e fixado pela Tese nº 129.

Mas o tema enseja outras interpretações, como se verá a seguir.

#### **4 UMA SÍNTESE DOS VOTOS DIVERGENTES DA TESE VENCEDORA**

O Ministro Ricardo Lewandowski dissentiu do M. Marco Aurélio, defendendo, ainda que sem maiores aprofundamentos, a ideia de que não se pode confundir a agravante da reincidência (art. 61, I, do CP) com os antecedentes criminais do réu. Em análise realista, o Ministro referiu que é por demais comum, na área criminal, deparar-se com réus com “extensíssima ficha criminal”, isto é, réus com diversas passagens pela polícia e com dezenas de ações penais sob trâmite, pelo que essa circunstância não pode deixar de ser considerada pelo juiz aplicador da lei penal por ocasião da dosimetria da pena (BRASIL, 2014, p. 15-16, online).

A Ministra Rosa Weber, por sua vez, ainda que sem mencionar expressamente o princípio da proporcionalidade, acabou por admitir sua aplicação ao declarar seu voto, pois, segundo seu entendimento, se há um inquérito ou ação penal em andamento, não faria sentido estar o juiz obrigado a aplicar os antecedentes na dosimetria da pena, porém diante de um réu que responda a “grande número de ações e de inquéritos, ainda que nenhum deles solucionado por decisão com trânsito em julgado”, não haverá inconstitucionalidade alguma em considerá-los como antecedentes para os fins do art. 59, *caput*, do CP (BRASIL, 2014, p. 21-23, online).

Já o voto divergente do Ministro Luiz Fux prestigiou o princípio da igualdade: “Então, se vamos levar em consideração que o tratamento tem que ser igual para quem nunca praticou crime, e deferisse o mesmo tratamento para aquele que tem processos e inquéritos pendentes, efetivamente haverá não uma violação do princípio da presunção de inocência, mas flagrante violação do princípio da isonomia”, tendo, ainda, defendido que sejam sopesados os outros princípios constitucionais que se aplicam ao caso concreto (BRASIL, 2014, p. 23-25, online).

A Ministra Cármen Lúcia também acompanhou a divergência, mantendo seu entendimento consolidado de que não há violação do princípio da presunção de não culpabilidade no fato de considerarem-se os antecedentes do agente por ocasião da sentença penal condenatória, defendendo o que chamou de conjugação de princípios na interpretação do tema, sobretudo os princípios da isonomia e individualização da pena (BRASIL, 2014, p. 26, online).

## 5 UMA CRÍTICA À TESE 129 DA REPERCUSSÃO GERAL

Ninguém discute o fato de que todos os cidadãos têm o direito fundamental a serem considerados inocentes de qualquer acusação enquanto não definida a culpa penal. Entretanto, não se pode simplesmente fechar os olhos para a realidade, que revela existirem cidadãos que fazem de sua vida uma devoção ao crime, e que, por isso, ostentam extensas fichas criminais. Nesses casos, considerar os antecedentes significa aplicar pena um pouco mais severa em decorrência de desvios de conduta e não por considerá-los culpados.

Não concordamos, pois, com a tese de que vulnera o princípio da presunção de não culpabilidade o fato de o juiz, ao sentenciar o réu no processo em

que foi formada a culpa, considerar, em desfavor deste, para fins de aplicação da pena-base, inquéritos policiais ou ações penais a que eventualmente esteja respondendo. Consoante a nossa interpretação, é um exagero concluir que o Estado-juiz, nesta situação, esteja presumindo a culpa do réu também pelos fatos investigados e ou imputados naqueles outros inquéritos policiais ou ações penais.

Ora, a culpa nesses outros inquéritos ou ações não é objeto de análise no caso.

Conforme exposto pelo M. Teori Zavascki, o princípio da presunção de inocência impõe, a um só tempo, "(a) restrição à aplicação de medidas de natureza sancionatória no curso da instrução penal; (b) carga à acusação do ônus probatório de culpabilidade, dispensado o réu de provar sua inocência; e (c) vedação à declaração de culpabilidade do réu antes do trânsito em julgado da decisão judicial condenatória" (BRASIL, 2014, p. 36, online).

O Ministro Celso de Mello, em certa passagem do seu voto, cita a doutrina de Luiz Flávio Gomes, em obra escrita com Valério de Oliveira Mazzuoli, na qual esses autores afirmam que do princípio da presunção de inocência decorrem duas regras: (1) regra de tratamento e (2) regra probatória (BRASIL, 2014, p. 55, online). Pela regra de tratamento, o réu deve ser sempre tratado como inocente enquanto não formada a culpa. Pela regra probatória, cabe ao acusador provar a culpa do acusado.

Com a devida vênia, considerar os antecedentes do réu no ato da sentença não implica a imposição de medida sancionatória no curso da instrução penal, não implica a inversão do ônus da prova e não implica a declaração de culpa do réu nos outros procedimentos a que eventualmente responda, ou seja, não vulnera a presunção de inocência.

Trata-se, ao contrário, de um simples critério para personalizar a pena de acordo com a vida *ante-acta* do agente, dispensando melhor tratamento a quem ostenta bons antecedentes do que a quem já registra em sua biografia múltiplas passagens criminais.

Com efeito, em cada um daqueles outros procedimentos ou foi ou será exaustivamente examinada a questão da culpa do agente. Para os fins do art. 59 do CP, não são analisadas as especificidades daqueles outros casos. A questão, aqui, é simples e objetiva: existem pessoas que cometem crime e não registram

anteriores e outras que cometem crimes de forma habitual e têm, como diz o Ministro Ricardo Lewandowski, uma “extensíssima ficha criminal”. Estas últimas não podem ser tratadas iguais àquelas outras.

Discorrendo sobre o princípio da culpabilidade, Ponte (2008, p. 118-119) pondera que este proíbe a responsabilidade objetiva e exige a individualização da pena, exercendo atividade limitativa à intervenção do Estado, possibilitando a punição somente diante do fato ilícito, antijurídico e culpável e proíbe excessos na aplicação da reprimenda. A pena somente pode ser imposta depois de provada a responsabilidade do agente, o que, sem dúvida, é uma conquista da civilização ocidental.

Em outra passagem, Ponte (2008, p. 119) afirma que:

O papel exercido por tal princípio é de fundamental importância, ora como elemento legitimador da atuação do Estado, ora como resposta dada pelo Estado à sociedade, em face do cometimento do crime. Em apertada síntese, o aludido princípio possui uma função formal-garantidora, assegurando o primado da segurança jurídica, a Justiça material e a proibição de qualquer tipo de arbitrariedade; atuando como um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Também Luiz Luís (2003, p. 37), após tecer considerações acerca do aspecto civilizatório do princípio da culpabilidade, destaca:

A nossa ordem jurídica também dá a culpabilidade gabarito constitucional. Basta considerar o texto do inciso LVII, da nossa Carta Magna: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Isto quer dizer que a condenação ao cumprimento de uma pena pressupõem, seja provada e declarada a culpabilidade de um agente que seja autor ou partícipe de um fato típico e antijurídico.

Não se nega, portanto, a importância do princípio da presunção de inocência e seu *status* de um dos pilares do Estado democrático de direito. A crítica que se faz ao atual posicionamento do STF quanto ao tema diz respeito ao fato de a Suprema Corte ter fechado as portas ao aplicador da lei penal quanto à discricionariedade deste na dosimetria da pena. Pela atual posição do STF, o juiz se vê constrangido a aplicar a mesma pena a agentes que, por vezes, se encontram em situações totalmente diversas, pois, ainda que determinado réu ostente um extenso catálogo de registros criminais, ao menos em relação ao critério *ante-*

*cedentes*, receberá o mesmo tratamento penal de quem não registra passagem criminal<sup>7</sup>.

Isso sim nos parece inconstitucional.

Observa-se, ainda, que a tese vencedora deixou de ponderar o princípio de não culpabilidade com os princípios da igualdade e da individualização da pena, fato este que foi destacado nos votos da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Luiz Fux, conforme visto acima.

Não há dúvida, portanto, que a tese vencedora conferiu à presunção de inocência quase que um *status* de princípio absoluto e acima do princípio da igualdade e do princípio da individualização da pena, o que, com o devido respeito, não parece ser a melhor solução.

Para o que interessa à discussão que se leva a efeito neste artigo, como referido acima, merecem consideração também o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF) e o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF), posto que se relacionam entre si.

Sobre o princípio da igualdade, Cármen Lúcia Antunes Rocha, citada por José Afonso da Silva, esclarece que:

Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental. (ROCHA *apud* SILVA, 2014, p. 216).

Ainda sobre a igualdade, pontua o próprio José Afonso da Silva (2014, p. 220) que:

O princípio da igualdade jurisdicional ou perante o juiz apresenta-se, portanto, sob dois prismas: (1) como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; (2) como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça.

Verifica-se, portanto, que, a seguir-se a lição de José Afonso da Silva, a interpretação firmada na Tese 129 vulnera o princípio da igualdade, pois constrange o aplicador da lei penal a não fazer distinção entre situações que se

<sup>7</sup> Ressalvada a hipótese de já ostentar pelo menos duas condenações transitadas em julgado, hipótese em que uma será considerada como reincidência e a outra como antecedentes. Percebe-se, portanto, que na prática o resultado da tese é a exigência de pelo menos duas condenações transitadas em julgado.

apresentam distintas, conquanto o legislador penal, ao prever no art. 59 os antecedentes como um dos critérios para dosar a pena do réu, tenha dado a ferramenta necessária para tratar com justiça o *discriminem*.

Colhe-se, ainda do mesmo autor, a seguinte lição:

Essa igualdade não há de ser entendida, já dissemos, como aplicação da mesma pena para o mesmo delito. Mas deve significar que a mesma lei penal e seus sistemas de sanções hão de se aplicar a todos quantos pratiquem o fato típico nela definido como crime (SILVA, 2014, p. 225).

Cumpra, no ponto, lembrar a sempre esclarecedora exortação de Rui Barbosa (1997, p. 26):

A regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

De tal forma, quer nos parecer que tratar com a mesma medida de pena quem não ostenta antecedentes e quem os ostenta (e, não raro, por múltiplos fatos delituosos) vulnera o princípio da igualdade e não o princípio da presunção de inocência, conforme muito bem destacou o Ministro Luiz Fux em seu voto divergente (BRASIL, 2014, p. 24, online).

Outro importante princípio desprezado pela atual interpretação do Supremo Tribunal Federal é o da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF), pois a Constituição Federal preconiza que a lei regulará a individualização da pena. Como dito alhures, foi exatamente o que o legislador penal fez no art. 59 do CP. Essa norma determina que o juiz deve aplicar a pena de acordo com particularidades do fato e características pessoais do réu.

Conforme pondera Luísi (2003, p. 53):

No Código vigente as regras básicas que presidem a individualização judiciária se encontram no artigo 59 da nova parte geral do Código Penal. Neste texto legal, como ocorria com a legislação revogada, e ocorre, em parte, no artigo 133 do Código Rocco, está disposto que ao Juiz cabe escolher a pena aplicável, sua quantidade, o regime de execução, e a possível substituição da pena, "atendendo à culpabilidade, seus antecedentes, a conduta social, a personalidade

do agente, os motivos e as circunstâncias e o comportamento da vítima” tendo presente “o necessário e o suficiente para a repressão e prevenção do crime”.

Sandro Luiz da Costa (2013, p. 25) bem esclarece os termos do conteúdo do princípio:

O princípio da individualização ou determinação da pena, ponto fundamental deste livro, estabelece que, para cada infração, deve ser prevista e estabelecida uma pena específica e adequada a este e à situação concreta, de forma a contemplar as funções ou finalidades preventivas e repressivas da sanção penal, sendo tal princípio uma garantia consagrada no artigo 5º, XLVI, da CF22.

Este princípio ocorre tanto no plano abstrato (cominação), como no concreto (aplicação ou imposição) e na execução (cumprimento) da pena (LYRA, 1958, p. 21). Em abstrato, delimita a atividade do legislador, que, no preceito secundário da norma penal proibitiva (pena), estabelece a espécie de sanção adequada ao caso e os limites mínimo e máximo da pena privativa de liberdade.

Consoante à doutrina acima, a individualização da pena ocorre em vários momentos. Em abstrato, quando o legislador define a pena mínima e máxima para cada espécie de delito. Em concreto, quando o aplicador determina a pena suficiente e adequada e também na fase da execução da pena, quando serão aplicadas as regras próprias desta fase.

O que a Tese nº 129 faz é tolher o juiz de individualizar, no sentido de personalizar a pena, tendo em vista a vida pregressa do agente que está sendo apenado, passando a exigir que o histórico criminal deste somente seja considerado quando ostentar condenações criminais transitadas em julgado, o que, com a devida vênia, é um exagero.

Diante do exposto, entendemos que a melhor solução seria a adoção de uma posição intermediária, em que o juiz não seja obrigado a considerar os antecedentes do réu para fins de definição da pena-base e nem tampouco obrigado a desconsiderá-los.

Pensamos que a técnica de ponderação de princípios resolveria a questão. É do que tratamos no tópico a seguir.

## **6 UMA PROPOSTA: A IDEIA DA PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS**

Segundo nosso entendimento, a melhor interpretação para a situação examinada neste artigo seria a adoção de um posicionamento que representasse

um ponto de equilíbrio entre dois extremos, de maneira que, como asseveramos acima, o juiz não fosse nem obrigado a considerar os antecedentes e nem tampouco a desconsiderá-los, como hoje impõe a Tese 129.

Seria perfeitamente razoável, por exemplo, uma tese mais ou menos nestes termos: a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado *não pode ser necessariamente considerada como antecedentes para fins de dosimetria da pena*.

Uma tese com o teor acima proposto deixaria ao prudente arbítrio do juiz – dentro de sua margem de discricionariedade – avaliar, diante da realidade do caso concreto, se é ou não o caso de considerarem-se os antecedentes em desfavor do agente na fixação da pena-base.

Bastaria ao juiz, no caso, socorrer-se do princípio da proporcionalidade para decidir de forma justa e que atendesse tanto aos direitos da sociedade quanto da pessoa do réu.

Nesse sentido, esclarecedor é o ensinamento de Luís Roberto Barroso (2009, p. 261): “O princípio da proporcionalidade é utilizado, também, com frequência, como instrumento de ponderação entre valores constitucionais contrapostos, aí incluídas as colisões de direitos fundamentais e as colisões entre estes e interesses coletivos”.

Ocorre que, na redação atual da Tese nº 129, essa possibilidade é vedada ao juiz. Relembremos, no ponto, o questionamento da Ministra Rosa Weber (BRASIL, 2014, p. 21, online), quando pondera: “Fico eu a pensar: o juiz, por imperativo constitucional, há de individualizar a pena. Então se depara com um acusado e entende de emitir o juízo condenatório. Ao momento da dosimetria da pena, percebe que aquele cidadão possui um sem número de inquéritos e de ações em andamento”. Pois é, hoje este juiz terá de ignorar essa realidade, ressalvada a hipótese de haver alguma sentença penal condenatória definitiva entre aqueles<sup>8</sup>.

A rigor, a visão ora defendida já foi externada pelo Supremo Tribunal Federal em outra situação, especificamente por ocasião do julgamento do HC nº 84.088 – MS<sup>9</sup>. Veja-se:

<sup>8</sup> Muito embora o que decidido em Repercussão Geral não tenha, em tese, efeito vinculante, fato é que, diante da redação dos arts. 1.030, I, “a” e 1.042, caput, do CPC, dificilmente se consegue rediscutir a matéria.

<sup>9</sup> Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=439262>. Acesso em: 16/07/2020.

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. Habeas corpus indeferido. (BRASIL, 2007, grifo nosso).

No referido julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa teve ocasião de assentar:

Peço vênia a S. Exa. para manter-me fiel à tradicional posição desta Segunda Turma, no sentido de que a existência de diversos procedimentos criminais autoriza o reconhecimento de maus antecedentes, para todos os efeitos legais.

[...]

Esclareço, por oportuno, que o simples fato de o paciente ter contra si ações penais em curso, ou mesmo inquéritos policiais, não induzem, automaticamente, à conclusão de que ele possui maus antecedentes. A análise do caso concreto pelo julgador é que vai determinar se a existência de tais processos ou procedimentos permite o reconhecimento de maus antecedentes. (BRASIL, 2007).

O Ministro Lewandowski, na p. 40 do Acórdão do RE nº 591054, também fez menção a essa forma de interpretar tendo em vista o princípio da proporcionalidade:

Eu me defrontei com essa questão quando julgava no Tribunal de Alçada Criminal, lá trabalhei durante seis anos da minha vida. E o forte desse Tribunal de Alçada Criminal eram justamente os casos de furto e roubo. Então nós tínhamos que, muitas vezes, rever a pena e sopesar os antecedentes tendo em conta a ficha criminal do réu. E nós decidíamos caso a caso, quando havia um ou outro inquérito policial, nós relevávamos e entendíamos que não era o caso, porque não havia trânsito em julgado. Mas na maior parte das vezes, sobretudo quando se tratava de casos de crimes contra o patrimônio praticados em São Paulo, uma cidade reconhecidamente violenta, nós nos deparávamos com réus que tinham uma extensíssima folha de antecedentes, com vários inquéritos policiais por furtos e roubos, muitas vezes quinze, vinte, demonstrando aquilo que a doutrina, usando o latim, chama de *perseverantia celeris*, ou seja, uma reiteração sempre criminosa. E nós sabemos que, na área criminal, os processos correm lentamente, mas para fins de sopesamento dos antecedentes, a mim bastava verificar que realmente se

tratava de uma pessoa que era um profissional do crime. (BRASIL, 2014, online).

Essa nos parece uma interpretação por demais razoável e racional.

Nota-se, ainda, que essa posição permite a conciliação entre os três princípios constitucionais que se relacionam com o assunto. Deveras, preserva a densidade axiológica dos princípios da igualdade e da individualização da pena sem descuidar da presunção de inocência, vez que não haveria obrigação de se considerarem os antecedentes em todos os casos.

Acerca da técnica de ponderação dos princípios, é da doutrina:

Foram assentadas até aqui algumas premissas essenciais, dentre as quais: direitos fundamentais não são absolutos e, como consequência, seu exercício está sujeito a limites; e por serem geralmente estruturados como princípios, os direitos fundamentais, em múltiplas situações, são aplicados mediante ponderação. (BARROSO, 2009, p. 332).

E prossegue o mesmo autor:

A ponderação, como estabelecido acima, socorre-se do princípio da razoabilidade-proporcionalidade para promover a máxima concórdância prática entre os direitos em conflito. Idealmente, o intérprete deverá fazer *concessões recíprocas* entre os valores e interesses em disputa, preservando o máximo possível de cada um deles. Situações haverá, no entanto, em que será impossível a compatibilização. Nesses casos, o intérprete precisará fazer escolhas, determinando, *in concreto*, o princípio ou direito que irá prevalecer. (BARROSO, 2009, p. 338).

Bonavides (2011, p. 279-280), fazendo referência a Alexy, adverte que:

Distinguem-se, por conseguinte, no modo de solução do conflito. Afirmar Alexy: "Um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula (*ungiiltig*)". Juridicamente, segundo ele, uma norma vale ou não vale, e quando vale, e é aplicável a um caso, isto significa que suas consequências jurídicas também valem.

Com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto, conforme adverte Alexy. A colisão ocorre, p. ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza.

Do nosso ponto de vista, perfeitamente aplicável a lição supra ao assunto em pauta, pois, muito embora entendamos que a consideração dos antecedentes na primeira fase da aplicação da pena não vulnere, por si só, o princípio da presunção da inocência, fato é que, mesmo que se o admitíssemos, bastaria aplicar o método da ponderação dos princípios para bem equacionar a questão, de maneira que não apenas um princípio constitucional fosse levado em conta (como faz a Tese nº 129 da Repercussão Geral do STF), mas de modo a permitir uma ponderação entre os três princípios relacionados, valorizando-se a todos eles.

## 7 CONCLUSÃO

A Tese nº 129 da Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal, ao vedar a utilização de inquéritos policiais e ações penais sem trânsito em julgado como antecedentes penais, para fins de dosimetria da pena-base, acabou por superestimar o princípio da presunção de inocência em detrimento dos princípios da igualdade e individualização da pena.

Considerando que o princípio da presunção de inocência não é absoluto e deve ser harmonizado com os princípios da igualdade e da individualização da pena, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, entendemos que a melhor solução teria sido deixar uma margem de discricionariedade ao aplicador da lei penal, para que este, diante das vicissitudes e particularidades do caso concreto, pudesse decidir se iria ou não fazer uso das informações da vida pregressa do agente para dosar a pena-base em seu desfavor ou não.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. Disponível em: [http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui\\_barbosa/FCRB\\_RuiBarbosa\\_Oracao\\_aos\\_mocos.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf). Acesso em: 26 nov. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 591.054. Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, 17 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7866690>. Acesso em: 15/07/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. turma). Habeas Corpus n. 84088 MS. Relator: Gilmar Mendes, 29 nov. 2005. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, v. 29, n. 342, p. 366-377, 2007.

COSTA, Sandro Luiz da Costa. **Individualização da pena: da teoria à prática**. Aracaju: [s.n.], 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal, parte geral**. v. I. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

JESUS, Damásio. **Direito penal, parte geral**. 1. v. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LUIZI, Luiz. **Os princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo, Malheiros, 2014.