

CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS NA APLICABILIDADE DOS MAUS ANTECEDENTES E DO DIREITO AO ESQUECIMENTO, NO BRASIL E NA ALEMANHA

Valteciño Eufrásio Leal

Doutor em Direito. Mestre em Direito e Relações internacionais. Docente e pesquisador da UniPRF

João Marcos de Andrade Ferreira

Especialista em Direito. Pesquisador. Assessor do Ministério Público Estadual em Goiás.

RESUMO

O presente artigo aborda, a partir do cenário legislativo criminal brasileiro e alemão, a concepção dos maus antecedentes penais. A discussão visa demonstrar semelhanças e divergências do instituto nas duas nações, a partir de pesquisa bibliográfica de natureza descritiva com argumentações semânticas de índole constitucional. As bases teóricas perpassam por Roxin, Cunha e outros, com enfoque em ordenamentos legais e na jurisprudência de tribunais brasileiros e alemães. A investigação está dividida em tópicos que pretendem, por meio de leituras dogmáticas de doutrinas das duas nações, demonstrar a real necessidade de limitação material e temporária das condutas utilizadas como maus antecedentes, enquanto circunstâncias judiciais que implicam em ampliação das penas fixadas aos infratores da legislação penal.

Palavras-chave: Pena; Dosimetria; Circunstâncias Judiciais; Presunção de Inocência.

CONVERGENCES AND DIVERGENCES IN THE APPLICABILITY OF CRIMINAL RECORDS AND THE RIGHT TO BE FORGOTTEN IN BRAZIL AND IN GERMANY

ABSTRACT

This paper approaches, through the Brazilian and German criminal law scenario, the conception of criminal record. The discussion aims to show similarities and divergences of such institute in both nations by means of a descriptive bibliographical research, with semantic argumentations of constitutional bias. The theoretical foundation is pervaded by Roxin, Cuna and others, focusing on legal orders and on the jurisprudence of Brazilian and German courts. The investigation is divided into sections that intend to, through the dogmatic reading of both nations' doctrines, present the actual need of material and temporary limitation of the misconducts that compose criminal records as legal circumstances that imply the increase in penalties imposed to offenders of criminal legislation.

Keywords: Dosimetry; Legal Circumstances; Presumption of Innocence.

INTRODUÇÃO

No presente artigo, a pretensão é analisar colidências jurídicas que envolvem os maus antecedentes e sua delimitação na fixação de condenações criminais, seja durante o cômputo da pena-base ou por ocasião da pena final, a partir da observância das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal Brasileiro (CP) e na sessão 46, segunda parte, do Código Penal Alemão (Strafgesetzbuch), que se constituem como parâmetros para a reflexão.

A problemática é suscitada num tateio de especulação ou de questionamento da constitucionalidade na utilização de alguns critérios de aplicabilidade dos maus antecedentes, que incluem fatos penais e extrapenais, concebidos para ampliar condenações, notoriamente na perspectiva dos inquéritos policiais, das ações penais em andamento em ambas as nações, sem se perder de vista o direito ao esquecimento e o fato de tais ordenamentos jurídicos, possuem legislações e persecuções penais fundadas em pilares constitucionais de cunho humanitário, incluindo-se princípios intrínsecos ao sistema acusatório, dentre eles o da presunção de inocência.

A dinâmica legislativa e constitucional nos dois Estados prevê a existência de um *jus puniendi* com significações parcialmente coincidentes. Porquanto, essas nações corporificam competências para criar tipos penais e, conseqüentemente, o dever de punir infratores. As respectivas codificações assentaram modelos de fixação de sanções criminais que priorizam a análise de circunstâncias objetivas e subjetivas e estas, se desfavoráveis, tendem a refletir um contexto de piores genéricas para os acusados.

Nesse passo, se o infrator é considerado culpado pela prática de determinado ilícito penal, no convencimento para a condenação efetiva, o julgador avalia circunstâncias específicas para fixação do quantum criminal, divididas em três fases no Brasil e em fase única na Alemanha, e tais etapas, têm peso e peculiar relevância jurídica.

Desse modo, no primeiro tópico da pesquisa, converge a investigação para a base principiológica da dosimetria e os parâmetros legais para fixação da pena nas duas nações, bem como se discorre, sucintamente, acerca dos maus antecedentes nas referidas ordens constitucionais.

No item seguinte, a reflexão enfoca a valoração que se confere aos maus antecedentes, num escrutinar de aspectos relevantes para a fase da dosimetria e o sopesamento das circunstâncias judiciais insertas no artigo 59 do Código Penal e no Código Penal Alemão (§ 46, 2).

Por fim, no derradeiro tópico, a discussão tangencia a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso e ainda, a ausência de temporalidade ou prescritibilidade dos maus antecedentes, como condicionantes subjetivas prejudiciais ao infrator penal. Procura-se também compreender e interpretar tensões de entendimentos no Supremo Tribunal Federal (STF) e no Tribunal Constitucional Federal - TCF (BVerfG), que semantizam posicionamentos heterogêneos.

Nas articulações, portanto, se apropria de noções comparativas do instituto nas duas nações, com lentes focadas para o momento de fixação da pena e para a avaliação das condições pessoais do acusado (personalidade, conduta social, etc.), priorizando-se na digressão, a compilação de dados bibliográficos, legislativos e jurisprudenciais, o raciocínio lógico indutivo, ao amparo da revisão de doutrinas, artigos jurídicos e da legislação relacionada com o tema de fundo.

1 BASES JURÍDICAS DE APLICAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES NO BRASIL E NA ALEMANHA

O ordenamento jurídico brasileiro contempla um arcabouço de normas que englobam a obrigatoriedade de se respeitar um processo penal de cunho garantista. Ademais, a pena, desde a fixação até sua execução, deve garantir, além da prevenção, a ressocialização/reintegração do apenado à sua comunidade de origem. De fato, o processo, como instrumento de atuação da jurisdição, visa solucionar conflitos de interesse e por meio dele, se exterioriza o direito material e se deve outorgar garantias basilares do Estado de direito (ALENCAR, 2018).

Noutras palavras, nesse campo árido, se deve permear por princípios e contornos que privilegiem um processo penal que apure imparcialmente a falta do acusado, com aplicação de circunstâncias judiciais subjetivas justas. Para esse fim, diversos princípios norteadores se espraiam nas constituições contemporâneas e a finalidade é conferir efetividade às garantias dos acusados em geral. Essa proteção se ampliará, se os saberes científicos puderem se conectar para a apreensão e escolhas, na aplicação de teses que visem de algum modo, influenciar

aplicadores do Direito, para os vetores interpretativos de razoabilidade e proporcionalidade na outorga de decisões que estratifiquem condenações nesses pilares.

Portanto, na Constituição brasileira de 1988, quanto ao sistema acusatório, houve ampliação do rol de direitos, a ele inerentes, e ainda o alargamento do conjunto de garantias individuais antes incipientes, e desde então, por meio do processo, ao suposto infrator se busca conferir o direito de sustentar sua tese sobre os fatos, com o uso dos meios amplos para a defesa, em face do *jus puniendi* estatal.

Muito por isso, é possível afirmar que se fala de uma área do Direito, cujo incremento maior é pautado pela tutela da liberdade, sob a influência de princípios jurídicos previstos constitucionalmente e no caso brasileiro, a presunção de inocência ou da não culpabilidade se insere em maior grau de valoração, e de fato, preconiza o art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, CFRB, 2020).

Esse preceito constitucional fixou esteios que estipulam limites a serem respeitados pelo julgador, uma vez que não se pode atribuir ao agente público detentor de tal *munus*, o poder de decidir de acordo com seu alvedrio. Se assim fosse, contornos e suscetibilidades jurídicas das percepções e opiniões pessoais - possuímos estigmas e valores individuais heterogêneos - abririam margem para a expedição de decretos condenatórios alicerçados em ilegalidades e abuso de poder. Quanto a isso, o Brasil deve se desprender de paradigmas do direito europeu continental que desde o Século XIX, influencia o nosso sistema, com a forma escrita e burocrática, sobretudo ante a eleição de um processo misto (napoleônico), de fonte inquisitorial, cujo domínio e amplo protagonismo é do juiz (SILVEIRA, 2019).

Embora isso, a Alemanha é caso singular que influencia sobremaneira o direito brasileiro e quanto à hipótese do presente ensaio, a Lei Fundamental em seu art. 1º, previu que “a dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.” Equivale dizer, o ponto de partida é a dignidade humana. Essa interpretação é recorrente no Tribunal Federal Constitucional, que procura harmonizar o artigo 1º com o art. 25, também da Lei Fundamental, este último, com a seguinte dicção: “as regras gerais do direito internacional público são parte integrante do direito federal. Sobrepõem-se às leis e constituem fonte direta de direitos e obrigações para os habitantes do território federal” (VARALDA, 2007, p. 58).

Nesse contexto e no cotejo de cenário similar, adverte Rodriguez (1995, p. 168) “[...] *un sector de la doctrina alemana llega a considerar que la presunción de inocencia no es sino una consecuencia del principio de proporcionalidad*”. No Brasil, é assente o alinhamento a esse princípio e Bonavides (2004, p. 408), ao citar o pensador alemão George Ress, pondera que “o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido outro meio, igualmente eficaz [...]”.

Se essas vertentes de proporcionalidade também balizam o direito brasileiro, nosso sistema acusatório, inclusive no instante de fixação da pena, em regra, pauta o julgador para circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 e seguintes do Código Penal e constitucionalmente, lhe é imposto um limite jurídico e humanitário para avaliação das causas que podem elevar o mínimo da pena inicial, o que rechaça o bel prazer e a parcialidade na delimitação do quantum condenatório.

Portanto, a engenharia da pena não se prende ao caráter estritamente legalista, pois se funda também em princípios maiores regentes do Direito Penal e do Processo Penal, que valorizou e deu destaque e objetivação às garantias do acusado, a fim de impedir a ocorrência de injustiças no momento dos julgamentos.

Apesar disso, quanto ao problema base, ainda sobeja zona cinzenta por se descortinar, sobre os maus antecedentes penais e na segunda década do terceiro milênio, ainda se discute quanto à definição do quê de fato pode ou deve ser utilizado como antecedente penal. Conforme alguns pensadores do tema e boa parte da jurisprudência brasileira, fatos como condenações transitadas em julgado não aptas a gerar reincidência, processos paralisados por extinção de punibilidade, inquéritos arquivados, processos em curso, absolvições por falta de prova teriam respaldo para justificar maus antecedentes (COSTA JR. & COSTA, 2014), mas é fato que estamos longe da pacificação sobre esse rol.

Em regra, no Brasil e na Alemanha, se utiliza de fatos penais e extrapenais, porém quanto às decisões criminais, no âmbito do STF, já houve decisão limitando o interstício a um período máximo de cinco anos, posteriores à data de publicação do ato ou da existência do fato. Porquanto, para os fatos extrapenais, por evidente, a regra deveria ser equivalente.

Quanto a esse aspecto, se deseja criticar a aceitação da ideia de perenidade dos maus antecedentes como circunstância prejudicial ao infrator da lei penal. Na realidade, sem limitações, o instituto figura como fator determinante para a adoção de maior rigor prisional e cabe, nessa digressão, alertar para a defesa de Von Hirsch (1987, p. 56): “[...] *that offenders with intermediate-level crimes should be imprisoned only if their criminal records are substantial*”, porquanto, até mesmo “os condenados por fatos de gravidade mediana deveriam ir para a prisão se seu passado de antecedentes fosse substancial” (tradução livre).

Na Alemanha, não há no StGB (código penal) norteamentos específicos em caráter de fases para a dosimetria da pena, todavia, quanto aos antecedentes, fatos penais e não-penais, como sentenças relativas a interdições profissionais ou incapacidades, decretos de falência, perda de cidadania, expulsão do território nacional, limitação do uso de armas de fogo ou para condução de veículos motorizados, devem constar do registro criminal (SÉRGIO SOBRINHO, 2009). Como os registros criminais são utilizados para os antecedentes, se alarga demasiadamente o campo de alcance dos fatos utilizados para configurar antecedentes penais. Naquele país, inclusive, aduz Galvan (1983, p.39), os maus antecedentes, podem até acarretar duplicação da pena imposta.

1.1 PARÂMETROS LEGAIS PARA APLICAÇÃO DA PENA

No Código Penal Brasileiro, abstrai-se, a partir do artigo 59, que as circunstâncias a serem observadas na primeira fase da dosimetria da pena, visam evitar juízos decisórios sem limitações legais. No Código Penal Alemão, a sessão 46 é até mais ampliada, com a menção às várias circunstâncias favoráveis e desfavoráveis, notoriamente no que aqui mais interessa, a vida anterior do infrator (antecedentes).

As previsões fixadas nos dois estatutos repressivos citados incluem pressupostos de culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como avaliação do comportamento da vítima.

No dispositivo relativo ao Código Penal Brasileiro, se delimitou a chamada primeira etapa de aplicação da sanção penal, como instante de fixação da pena-base, considerando-se os parâmetros do preceito secundário estipulado em cada figura penal incriminadora, seja ela inerente à conduta típica simples ou qualificada, sobre a qual devem incidir as circunstâncias

judiciais acima especificadas, situação esta que apresenta semelhança com o preconizado pelo StGB alemão.

Quanto aos antecedentes na Alemanha, se lê em Roxin (1997, p. 187) que o “§ 46 se le impone al juez el cometido de tener en cuenta para la medición de la pena, entre otras cosas, la vida previa del autor, sus circunstancias personales y económicas, pero también su comportamiento posterior al hecho”. Desse modo, também o comportamento do agente após o cometimento do fato são utilizados para valoração dos antecedentes.

No direito alemão, ainda conforme Roxin (1997, p. 84): “Si la pena debe corresponder a la magnitud de la culpabilidad, está prohibido en todo caso dar un escarmiento mediante una penalización drástica en casos de culpabilidad leve”. Dessa maneira, quanto à pena e à culpabilidade, perante as teorias da retribuição, da prevenção especial e da prevenção geral, se sustenta uma teoria unificadora das anteriores, aliada a um contexto de proteção dos bens jurídicos (id., p. 85).

As duas legislações em apreço, preveem também como critério ou circunstâncias penais relevantes, os antecedentes. No Brasil, estes se fundam na vida pregressa do agente, numa análise de suas atitudes antes e depois do crime. Assim, os antecedentes “dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência” (GRECO, 2017, p. 156).

Na Alemanha, o quadro ainda é mais amplo, ou seja, determinados atos, fatos ou ações não julgadas, tanto por suspensão ou outros fatores, incluindo-se, na acepção de Rudolphi *et. al.* (2016, pp. 65-66), investigações e ainda as condenações não extintas, inclusive condenações estrangeiras, que constam do registro criminal, são utilizados como antecedentes.

Nessa perspectiva, há relevância em se apreciar a conduta social, por meio de qual se revela o comportamento do agente perante a sociedade, notoriamente a sua relação com familiares, amigos, vizinhança e em seu local de trabalho. Na análise é essencial visualizar momentos anteriores de agressividade, se o autor do fato possui algum vício e tudo isso, no ato da dosimetria influencia a fixação da pena. Sobre as condições do crime, um fator relevante, assevera Liszt (1899, pp. 107-109), é “a natureza individual do delinquente, e, de outro, as relações exteriores, sociais, e especialmente as relações econômicas que o cercam”. Ainda,

segundo o mesmo pensador (Liszt, 1899, pp. 107-109) são relevantes para verificação da índole humana, a natureza íntima da pessoa, como a “rudeza brutal, crueldade destituída de toda sensibilidade, estúpido fanatismo, descuidosa leviandade, invencível repugnância ao trabalho, desregrada leviandade”.

Desse modo, é possível afirmar que tanto no Brasil, como na Alemanha, as circunstâncias judiciais foram fixadas com a finalidade de se levantar previsões favoráveis e/ou desfavoráveis aos infratores da legislação penal. Naquela nação europeia, há a denominação de princípios para fixação da pena, porém, as duas concepções legais se equivalem. Por lá, são considerados (ALEMANHA, 1999, § 46):

- los móviles y objetivos del autor,
- el ánimo, que habla del hecho y la voluntad empleada en el hecho,
- la medida de la violación al deber
- la clase de ejecución y el efecto culpable del hecho,
- los antecedentes de conducta del autor, sus condiciones personales y económicas, así como su conducta después del hecho, especialmente su esfuerzo para reparar el daño, así como el esfuerzo del autor de lograr una acuerdo con la víctima.

De maneira quase simétrica, no Código Penal Brasileiro constam as previsões entre os artigos 59 e 68, com fixação das etapas de pena-base, análise das circunstâncias atenuantes e agravantes e por último, análise de causas de diminuição e de aumento. No contexto brasileiro, também se avalia a reincidência (art. 63). Por outro lado, nos princípios do § 46, 2, do Stgb alemão, são delimitados em dispositivo único (§ 46), critérios análogos, a exceção da reincidência.

Essa similitude com a perspectiva dosimétrica da pena no Brasil, pode ser abstraída de decisão do TCF (ALEMANHA, BverfG 2 Bv5 1041/8), em qual se entendeu que “em conformidade com o § 46, pelo Código Penal é possível avaliar de modo genérico, as circunstâncias objetivas e subjetivas e as agravantes e atenuantes que subjazem à imposição da sentença (tradução livre)”.

1.2 ASPECTOS RELEVANTES ACERCA DOS MAUS ANTECEDENTES NA FIXAÇÃO DA PENA

Dentre as circunstâncias judiciais previstas nos códigos penais das duas nações citadas, os antecedentes têm peculiar relevância e são objeto de acalorado debate para delimitação de um panorama doutrinário e jurisprudencial sobre o que de fato caracteriza maus antecedentes e como se dá sua aplicabilidade pelo aparato repressivo público.

Portanto, assente a ideia de que os maus antecedentes integram as circunstâncias judiciais e como corolário, são utilizados para fins de fixação da pena (pena-base no Brasil ou final na Alemanha), há incidência direta do instituto no quantum da condenação e seus fundamentos se resumem ao histórico de vida pregressa do agente, ou seja, aos atos e práticas sociais externadas, antes e após o cometimento do delito.

Conforme ressaltado anteriormente, com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória e, com o cometimento pelo condenado, de novo delito, durante o cumprimento da respectiva pena fixada, ocorre o fenômeno da reincidência, disciplinado pelo Código Penal Brasileiro, em seu artigo 63. Tal instituto, porém, não mais existe com idêntico status no Código Penal Alemão.

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

Todavia, quando houver crime anterior e o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ocorrer depois do cometimento do segundo delito, não haverá reincidência, mas sim maus antecedentes, em caráter de prejudiciais avaliáveis na primeira fase de dosimetria da pena. Noutras palavras, gera maus antecedentes a sentença penal não apta a gerar reincidência.

Quanto ao direito alemão, reafirme-se, não há no StGB previsão de reincidência desde 1986, mas a depender da situação do autor do fato, múltiplas reincidências podem implicar numa piora da situação daquele, especialmente se a pena anteriormente cumprida não se mostrou eficaz o suficiente (§ 66, StGB). Nesses casos, a reincidência é lida como maus antecedentes (HARRENDORF, 2007).

Portanto, há reflexões como a de Sanches (2014, p. 162) que se alinham com a maioria das correntes jurisprudenciais, por isso, no Brasil, “deve ser alertado, desde logo, que somente condenação transitada em julgado, incapaz de gerar reincidência, serve como maus antecedentes (respeitando-se o princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpa)”. Com essa leitura, é possível defender que tanto os inquéritos policiais e ações penais

em tramitação, como as ações penais com condenações transitadas em julgado e fatos outros de período anterior superior a cinco anos, nos dois países, não deveriam ser adotados em caráter de maus antecedentes.

Contexto parcial dessa questão fora submetido ao Superior Tribunal de Justiça. Em tal proposição, aquela corte, em 2010, definiu como “vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena base” (BRASIL, STJ. Súmula nº 444). O referido enunciado passou a proporcionar a valoração direta do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade nos julgamentos proferidos por instâncias que a ela se vinculam.

Por outro lado, também é possível afirmar com Bittencourt (2016, p.759), que maus antecedentes são “aqueles fatos que merecem a reprovação de autoridade pública e que representam expressão de sua incompatibilidade para com os imperativos ético-jurídicos”. A edição da Súmula descrita em linhas volvidas, avoca o princípio da presunção da inocência e o faz em contornos ético-jurídicos.

Concepção assimétrica foi externada pelo Ministro Vicente Leal, da Sexta Turma do STJ (2002, HC 18864/MS), ao proferir seu voto de julgamento, para quem, “o conceito de maus antecedentes não se confunde com o de primariedade, que diz respeito à ausência de condenação transitada em julgado, sendo certo que para a configuração dos maus antecedentes, basta que se verifique a participação do agente em práticas outras ilegais e repreensíveis”. Nesse julgado, não houve limitação para os feitos em curso.

Diante dessas premissas controvertidas, se no Brasil, a expressão dos maus antecedentes engloba vivências anteriores do agente infrator e na Alemanha, esse histórico deve constar do Registro Criminal, não se pode defender que existe sopesamento quanto ao princípio da não culpabilidade. Ademais, não parece juridicamente adequado utilizar maus antecedentes de procedimentos ou processos em quais também é possível, em tese, comprovar a inocência do infrator. Quando isso é adotado, reduz-se o princípio do favor rei e a presunção da inocência e abre-se uma porta para absurdos. Note-se que no Brasil, a pena é ampliada na primeira fase da fixação e no país europeu, conforme concebido, se os antecedentes revelarem periculosidade, o infrator se sujeitará aos rigores do § 66 do StGB, que impõe sanção mais gravosa e protetiva da coletividade, notoriamente em caso de múltiplas reincidências, se a longevidade da pena

cumprida no crime anterior não se mostrar plenamente eficaz (JESCHECK & WEIGEND, 2002).

Divergente da dialética acima – sentença transitada em julgado não apta a gerar reincidência - parte da doutrina brasileira tem considerado que quaisquer registros do indivíduo, sem limitação de tempo, desde que reveladores de envolvimento em delito anterior seriam antecedentes. Isto é, tudo o que consta na folha de antecedentes ou nos registros criminais do réu já seria suficiente para amparar pena mais grave. Definição dessa ordem ampliativa, mencionam Stoco e Franco (2005), alcançam todos os fatos da vida anteaeta do réu, próximos ou remotos que possam interessar à avaliação subjetiva do crime. Importa, nessa forma de pensar, a inclusão dos precedentes policiais e judiciais e ainda aqueles que se relacionam ao comportamento social do réu, sua vida familiar, sua inclinação ao trabalho e a conduta contemporânea e subsequente à ação delituosa.

A partir dessas considerações, é possível pontuar, tal como ocorre no direito alemão, que o rol de maus antecedentes se tornaria extremamente aberto e representaria todos aqueles registros criminais do acusado, sejam os existentes em sua ficha criminal, no âmbito de investigações policiais, ou no âmbito do Poder Judiciário e ainda, alcançaria ocorrências extrapenais. Como corolário, esses fatores prejudiciais à conduta e à personalidade do agente, avaliáveis no momento da condenação, abriria margem para um panorama conflituoso em relação a princípios constitucionais garantistas.

2 CRITÉRIOS BRASILEIRO E ALEMÃO PARA FIXAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES

A lupa que procura focar em quaisquer fatos anteriores como maus antecedentes e circunstâncias prejudiciais para fixação da pena, é objeto de insurgências no Brasil, em alguns contornos. Num desses enfoques, já se discutiu a colisão com o Enunciado da Súmula nº 444 do STJ, especialmente quanto à utilização dos inquéritos policiais e de ações penais em curso para se valorar negativamente a conduta social e a personalidade do agente.

O sistema adotado pelo Código Penal Brasileiro é o de Nelson Hungria (CUNHA, 2014, p. 186), previsto no artigo 68 da lei penal, o qual prescreve um procedimento que congrega três diferentes etapas. A pena-base, nesse sistema trifásico de aplicação das sanções penais, é

entendida como a dosimetria inicial da sentença, devendo situar-se, necessariamente, dentro dos limites típicos, ou seja, entre o mínimo e o máximo previstos abstratamente para determinada conduta.

Conforme prescreve o citado artigo 68, a aferição na primeira etapa do processo de dosimetria da pena se altera nas etapas seguintes, em quais são consideradas as circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como as causas de aumento e de diminuição da pena. A pena-base, sob essa ótica, tem significativa importância por determinar concretamente o quantum de pena sobre o qual incidirão, caso estejam presentes outras circunstâncias das fases posteriores do procedimento.

Na Alemanha, conforme trazido em linhas anteriores a reincidência é utilizada em caráter de maus antecedentes. A regra prevalente, contudo, reside no fato de existirem registros criminais do acusado e a partir disso se aprecia sua vida anterior.

Já se ressaltou neste ensaio que a partir da previsão elencada no § 46 do Código Penal alemão, há aproximação entre as regras previstas para a sentença penal proferida pelo Judiciário daquele país e a sentença e suas fases previstas no artigo 59 de nosso Código Penal brasileiro.

Em ambas as legislações, na fixação da pena, deve o magistrado usar com cautela do seu poder de discricionariedade instituído pelo Estado Democrático de Direito com a supremacia das normas constitucionais. A fundamentação das decisões deve levar em conta, princípios norteadores dessa cautela e do respeito à dignidade humana, evitando-se assim, juízos decisórios conflitantes.

Entretanto, a partir de outras decisões que adiante serão apontadas, há divergências paradoxais que estão a demandar uniformização, com o fim de conferir melhor solução à utilização de investigações policiais em andamento ou encerradas e de ações penais em curso, que aparentemente, ofendem preceitos constitucionais.

Se por um lado, a cada circunstância judicial valorada desfavoravelmente, no Brasil, é possível acrescentar um quantum ao mínimo cominado no tipo penal, sem extrapolar, jamais, a pena máxima admitida para a infração, há divergência em relação às penas possíveis fixadas nos §§ 80 e 219c do Código Penal alemão. Neste último, para alguns crimes, há previsão nos preceitos

secundários de pena não inferior aos quantitativos de meses ou de anos específicos para cada crime. Porquanto, para alguns crimes não há fixação de pena máxima. A título de exemplo, o § 94 prevê pena de privação de liberdade não inferior a um ano, para aquele que cometer crime de traição à pátria.

Dessa forma, além de se considerar esse mínimo e máximo, se deve aplicar o direito ao caso concreto, a partir dos fatores que levaram à prática do delito. Por esse ângulo, fatores externos e valores subjetivos atuam no campo do coeficiente individual de cada pessoa e originam-se da vivência, da educação, da cultura e da conduta cotidiana de cada indivíduo durante sua existência. Portanto, a carga subjetiva e a sujeição aos fatores externos podem ser maiores para algumas pessoas, enquanto que, para outras, dependendo de seu *modus vivendis*, pode influenciar menos na fase de fixação da pena.

Para além dessa matemática jurídica, o trabalho de fixação da pena é mais complexo concretamente, diante de sua regulação por princípios, regras constitucionais e legais, previstos, respectivamente, no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição da República, artigos 59 a 68 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal. Para tanto, esses e outros dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da sanção na medida justa. Contudo é no caput do artigo 59 da lei penal que se configuram os critérios norteadores da fixação da pena na etapa inicial do procedimento trifásico.

No mais, a controvérsia tende a ganhar ainda mais relevância se houver utilização de inquéritos e ações penais não encerradas, pois essas escolhas violam a vedação contida no Enunciado nº 444 da Súmula do STJ.

Nessa trilha de raciocínio, para demonstração da divergência, colaciona-se decisão do então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Ricardo Lewandowski, relator no julgamento do Recurso Extraordinário nº 591.054 do Estado de Santa Catarina (BRASIL, STF, online), que em seu voto, manifestou-se com os seguintes fundamentos:

[...] Nós todos, como julgadores criminais, nos deparamos muitas vezes com uma extensíssima ficha criminal de determinado réu: várias passagens pela polícia, dezenas de ações penais em andamento, muitas vezes relativas a um mesmo fato objeto do processo em julgamento. Isso, de alguma forma, a meu ver, precisa ser considerado, e o juiz, dentro da sua discricionariedade, dentro do seu prudente arbítrio, pode baseado no artigo 59, a meu ver, dosar a pena, levando em consideração os antecedentes [...].

Referido aceno sugere mudança de rumos e se denota a pretensão de reforma do Enunciado 444 do STJ. A incerteza de decisões conflitantes abre possibilidade para o juiz seguir uma ou outra tendência no Brasil, ao individualizar a pena e de fazê-lo com o olhar para o passado, de modo ampliado. No entanto, se o magistrado se deparar com inquéritos policiais em andamento, bem como com ações penais em curso, deveria, ao nosso sentir, sopesar as circunstâncias e princípios narrados no item anterior, especialmente a presunção da inocência, aqui vista como justa e proporcional e aplicar a Súmula do STJ, até que o plenário do STF se for o caso, decida sobre a hipótese.

Diante de tais premissas, considerar maus antecedentes virtuais como prejudiciais pode significar, a priori, uma condenação antecipada por fatos ainda não resolvidos judicialmente, mesmo a despeito de argumentações de que haveria somente um processo de valoração realizado pelo juiz no momento da sentença, com o objetivo de proteger bens jurídicos eleitos como importantes pela sociedade. Não há, ademais, conflito entre garantismo e proteção da coletividade. Entre um processo em fase de julgamento e outro ainda em andamento, com o mesmo acusado, haveria ofensa à presunção da inocência, se o feito em curso fosse utilizado em caráter de maus antecedentes. Nesse caso, a coletividade não estaria mais protegida se seus indivíduos estivessem sujeitos a condenações virtuais, visto que estas últimas, poderiam se tornar definitivas, antes mesmo do trânsito em julgado da ação penal anterior – utilizada como prejudicial. Imaginemos a hipótese de absolvição por negativa do fato ou por negativa de autoria na ação penal utilizada como circunstância desfavorável. O que restaria? Revisão criminal para diminuição da condenação virtual? Isso apenas ampliaria a judicialização, num vendar da visão para a razoável duração do processo e para a dignidade humana, fim último do processo penal.

Nesse aspecto, seja no Brasil ou na Alemanha, pensamos que o indiciamento em inquéritos policiais e processos em curso não deveriam configurar maus antecedentes. Quanto ao reiterado e constante envolvimento do agente em ocorrências criminais, não parece igualmente plausível, pelas mesmas razões anteriores, apontar para personalidade entregue à prática de delitos ou para conduta social reprovável, se isso resultar em agravação da pena base pelo julgador. Porquanto, a questão, de novo esbarraria no princípio constitucional sobredito.

Aqui é oportuno lembrar e reafirmar que não se pretende o tudo ou nada (DWORKIN, 2002). Na hipótese, se argumenta e se releva a liberdade, a presunção da inocência, o favor rei e a

proporcionalidade, pois uma sociedade não deveria abrir mão de um sistema jurídico que projeta a proteção individual de seus integrantes, mesmo se o fim fosse garantir higidez e alguma estabilidade à própria coletividade. Para a luta e a busca por penas lastreadas em princípios e bases constitucionais, a jornada deveria ser propositiva e progressiva, mediante escolhas com potencial para cerceio de ampliações virtuais das condenações.

3 MAUS ANTECEDENTES E O DIREITO AO ESQUECIMENTO EM TRIBUNAIS BRASILEIROS E ALEMÃO

O cenário no Brasil, sobre o tema, é de argumentos favoráveis e desfavoráveis à utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso, para negatizar a conduta social e a personalidade do agente. Na Alemanha, não há óbice a essa utilização, inclusive por lá, se lança mão de sentenças de interdições profissionais ou incapacitantes, decretos de falência, expulsão de estrangeiro, limitação do uso de armas de fogo, perda da cidadania, dentre outros e, em decorrência de maus antecedentes, por lá, a pena pode até mesmo ser duplicada (GALVAN, 1983).

Neste ponto da pesquisa, afunila-se o questionamento de fundo para a utilização dos inquéritos policiais e de ações penais em curso, como prejudiciais na dosimetria da pena, bem como para os procedimentos e processos para os quais se deveria adotar o direito ao esquecimento. Isso, aparentemente, tem aptidão para configurar ofensa à garantia da presunção de inocência prevista na Constituição do Brasil. Esse princípio também consta implícito na Lei Fundamental alemã e também seria factível imaginar ofensa constitucional equivalente naquela nação, se inquéritos e ações penais em curso ou de tempos longevos, pudessem figurar como maus antecedentes. De igual modo, também haveria violação ao garantismo em destaque, a utilização de inquéritos policiais e de ações penais arquivadas anteriormente por insuficiência de provas, se os procedimentos ou processos, por qualquer razão, não outorgaram a oportunidade de apuração completa, em prejuízo de eventual inocência do investigado ou do acusado. Seriam absurdos os efeitos da absolvição, se isso ainda pudesse servir de parâmetro para a valoração da conduta anterior.

Por outro lado, no Brasil, a Repercussão Geral, instituto este previsto no parágrafo 3º, artigo 102 da Constituição Federal delimita condições para que um Recurso Extraordinário seja admitido a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Esta Repercussão Geral, portanto, foi

criada para servir como filtro para a multiplicidade de demandas que evoluem à análise e julgamento do Supremo Tribunal Federal. Esse mecanismo constitucional, nos dizeres de Masson (2019, p. 1.184) obstaculiza “[...] o número excessivo de recursos extraordinários a congestionar o STF, especialmente quando estão em discussão os denominados ‘casos de massa’ – isto é, questões repetitivas com imenso potencial de multiplicação – tem ocasionado significativa morosidade na solução dos processos em trâmite na Corte”.

Posta assim a questão, é de se afirmar que no Brasil, a Repercussão Geral assumiu papel imprescindível na ordem constitucional, pois impede que discussões de menor importância coletiva, cheguem à Corte Suprema, bem como proporciona aos Ministros do STF reserva de esforços para demandas que realmente abarcam número ampliado de situações litigiosas, ou matérias efetivamente constitucionais. Ou seja, hipóteses concretas que transcendem interesses singulares, devem servir de parâmetro para julgamentos submetidos ao crivo do Pretório Excelso e assim, a questão paradigma deve reunir condições de repercutir além dos estritos limites da lide.

Na Alemanha, esclarecem Wambier & Dantas (2016, p. 476) que a existência de hipótese de cabimento de revisão se dará também a partir de um filtro e só a questão jurídica debatida que ostentar significação fundamental (*grundatzliche Bedeuutung*), será avaliada. Desse modo, a hipótese deve ser suficientemente paradigmática e para o julgamento, terá que reunir condições de repercutir além dos estritos limites da demanda. Além do mais, deve, na essência, representar situação de difícil solução, que não implique numa interpretação clara e razoável do texto legal.

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

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

Em seguida, o réu interpôs apelação visando reduzir as penas a ele impostas, tendo o juiz de primeiro grau, levado em consideração processos criminais em andamento como aptos a

configurar maus antecedentes, o que abriu margem para a tese de violação, nesse particular, ao princípio constitucional da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/88).

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina ressaltou que a aludida circunstância até poderia ser levada em conta na avaliação da conduta social do condenado, vertente de qual também discordamos. Entretanto, na apelação não se adotou tal tese, por se tratar de reforma prejudicial ao recorrido.

Ato contínuo, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, com atuação no segundo grau de jurisdição, interpôs o Recurso Extraordinário com amparo na alínea “a” do inciso III do artigo 102 da Constituição da República, alegando, em síntese, transgressão do inciso LVII do artigo 5º da CRFB/88, por hipotética interpretação errônea do princípio da presunção da não-culpabilidade.

O *Parquet* afirmou que o Tribunal de origem, mediante o acórdão impugnado, conferiu extensão ao postulado constitucional da não-culpabilidade. Aduziu, ainda, não implicar afronta a esse princípio o exame de processos penais em curso para fins de avaliação de maus antecedentes, porquanto se tratava de circunstância que efetivamente dizia respeito à vida pregressa do agente e que não poderia ser inadmitida na fixação da pena-base.

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

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o conteúdo do Recurso Extraordinário nº 591.054, entendeu que o tema se tornou controvertido e reconheceu a Repercussão Geral, ante a grande quantidade de demandas no mesmo sentido, com aptidão para sufocar o STF. Portanto, publicou-se a ementa a seguir (BRASIL, STF, 2015).

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

Com a admissão da Repercussão Geral pelo STF, a matéria aguarda a submissão a julgamento pelo Plenário, diante da importância do assunto e a transcendência dos limites da lide. Os demais processos com temáticas convergentes foram sobrestados até decisão definitiva do Pretório Excelso.

Anos depois, o Supremo Tribunal Federal, mais precisamente no mês de dezembro de 2014, levou ao Plenário para julgamento, esse questionamento de utilização dos inquéritos policiais e das ações penais em curso, como circunstâncias prejudiciais na fase inicial de fixação da pena. Em vista disso, julgou-se o citado Recurso Extraordinário nº 591.054 do Estado de Santa Catarina e decidiu-se que inquéritos policiais e ações penais em curso não devem ser levados em consideração na Primeira Fase da dosimetria da pena (BRASIL, STF, 2015).

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

Esse julgado confirmou o preconizado doutrinariamente por Rangel (2017, p. 519), no sentido de que “[...] tanto a investigação criminal quanto o processo criminal em si são mecanismos de proteção do indivíduo [...]”. Isso se alinhou também com a tese de que no Estado Democrático de Direito é imprescindível não se pode perder de vista os princípios garantistas e de proteção da dignidade humana.

A par desse entendimento exarado pelo STF, os magistrados, no momento da dosimetria da pena, não mais consideram inquéritos policiais e ações penais em curso como prejudiciais da conduta social e da personalidade do agente e as lides relativas ao mesmo tema, sujeitam-se à decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 591.054 do Estado de Santa Catarina.

Cerca de seis meses após firmar essa tese em sede de Repercussão Geral, o STF sinalizou possível mudança no entendimento por parte de alguns ministros, acerca do decidido no RE nº 591.054 do Estado de Santa Catarina, e passou a discutir possíveis meios de anular os efeitos da decisão.

Isso se deu por ocasião do julgamento de dois Habeas Corpus no STF, quais sejam, o HC nº 94.620 e o HC nº 94.680, que estavam sobrestados em razão do julgamento do Recurso Extraordinário nº 591.054.

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

Entretanto, no dia 24 de junho de 2015 o STF retomou o julgamento dos Habeas Corpus que se encontravam sobrestados, para, presumivelmente, aplicar a tese anterior. Porém, o entendimento firmado no RE nº 591.054 foi aplicado aos dois Habeas Corpus, muito embora a maioria dos Ministros do STF (6 a 4) tenha demonstrado que não mais concorda com aquela tese. E, ainda, essa maioria indicou que, num próximo julgamento, poderia rever a jurisprudência.

Desta maneira, aparentemente, mostrou-se tendência de revisão jurisprudencial do entendimento majoritário do Plenário do STF quanto à não utilização de inquéritos policiais e ações penais em andamento como maus antecedentes no cálculo da dosimetria das penas. Todavia, a tese adotada na Repercussão Geral do RE nº 591.054 prevalece até que ocorra novo julgamento.

Ademais, é predominante no Supremo Tribunal Federal, adotar e aplicar os julgados da própria corte, no aguardo de novo reexame para confirmar ou alterar a jurisprudência e assim acontece em relação à Repercussão Geral do RE nº 591.054.

A partir dessas rápidas considerações, é pertinente sopesar a atual ordem constitucional do Brasil e da Alemanha, a fim de delimitar se tais ordenamentos são de cunho garantista, principalmente na seara penal. Ferrajoli (2002, p. 09), numa leitura desse fenômeno, descreve bem o que se pretende com essa perspectiva:

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

Não por outra razão, olhar equivalente foi perscrutado no Superior Tribunal de Justiça, pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, Relator do HC nº 402.752 – MS (20170135432-0), que acolheu a tese do direito ao esquecimento, num caso de tráfico de drogas. Porquanto, aduziu a possibilidade de prescrição dos maus antecedentes para o intervalo de 5 anos e alterou a condenação de 7 para 5 anos de reclusão. Na hipótese, foram afastados os maus antecedentes referentes a uma condenação transitada em julgado no ano de 1991.

De fato, não mais é crível um escrutínio acerca da existência de um direito constitucional judicializado, sem a tomada de decisão que vise assegurá-lo, especialmente se sua definição ou tutela se achar inserida no rol de garantias fundamentais. Streck (2009, p. 36) também pondera sobre a realização dessas garantias, nelas incluídas a busca da liberdade, pois “a noção de Estado democrático de direito está indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais, porquanto se revela um tipo de Estado que busca uma profunda transformação do modo de produção capitalista, com o objetivo de construir uma sociedade na qual possam ser implantados níveis reais de igualdade e liberdade”.

O direito ao esquecimento anteriormente mencionado, fora objeto de análise pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no caso Lebach I. Numa reclamação constitucional que chegou ao TCF, se entendeu que após o decurso de décadas, o nome do ofensor, quanto a um crime havido em 1969 (latrocínio de soldados) deve merecer o esquecimento (SMITH; SCHLOETTER; OHLY, 2005).

No caso Lebach II, como os nomes dos envolvidos foram substituídos por outros fictícios e como não foram apresentadas fotos e identidades dos envolvidos, o TCF manteve a garantia do direito de imagem e entendeu que não havia impedimentos para a transmissão de uma série televisiva (JUNIOR, 2013).

Na realidade, não se pode e nem se deve conferir perpetuidade na análise dos maus antecedentes, sem o olhar para o horizonte da violação de princípios constitucionais relevantes como a proporcionalidade e a dignidade humana. Talvez por conta disso, No Brasil, o STF, em 2021, ao julgar o direito ao esquecimento, com o tema 786 (BRASIL, STF, online), posicionou-se pelo não acolhimento, com a seguinte tese:

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais.

Noutras palavras, por um lado, não existe pena de caráter perpétuo no Brasil e aqui, somente as decisões transitadas em julgado em data anterior não superior a cinco anos, deveriam ser utilizadas em caráter de reincidência, mas ainda não adotamos a tese do esquecimento. Já na Alemanha prevalece essa tese e esta deveriam se ampliar para a análise dos maus antecedentes.

Quanto a isso, os Ministros do STF, Gilmar Mendes e Celso de Mello, já se manifestaram no sentido de que o art. 64, Inciso I, do Código Penal Brasileiro, impediria reconhecer ou admitir contra o réu, efeitos negativos por condenações anteriores, inclusive de maus antecedentes, para as quais haja decorrido período depurador superior a cinco anos (RHC 168.947).

No julgamento do RHC n. 118.977, em 18/03/2014, sobre utilização de antecedentes criminais de condenações proferidas há mais de cinco anos, o Relator Ministro Dias Toffoli decidiu que “se essas condenações não mais prestam para o efeito da reincidência, que é o mais, com muito maior razão não devem valer para os antecedentes criminais, que é o menos”. Idênticos entendimentos foram proferidos pelo STF, noutros feitos abaixo apontados.

Embora as considerações pontuadas nesta pesquisa, estas não se revelam suficientes para encerrar o debate acerca do tema, pois, percebe-se que as alterações sobre o instituto da pena estão estreitamente relacionadas com a evolução da sociedade, principalmente no que tange à análise individualizada de cada indivíduo. A fissura tende a se alargar mais ainda, ante à volatilidade das decisões e da sinalização de mudança desses julgados, nas cortes constitucionais.

Portanto, o desencadeamento da pesquisa proporcionou a percepção de que a pena não existe, por si só, no ordenamento jurídico. Há princípios constitucionais penais que são relevantes e que devem sustentar a existência de um sistema penal garantista, a partir dos pilares da presunção de inocência e da dignidade humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente ensaio, se pretendeu assentar questionamentos e a construção de um pensamento crítico, em indagações acerca da utilização de inquéritos policiais, ações penais em curso e outros fatos extrapenais, como prejudiciais na fase de fixação da pena, no Brasil e na Alemanha, questões estas que aparentemente afrontam o postulado da presunção de inocência previsto expressamente no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição brasileira e implicitamente na Lei Fundamental da Alemanha.

No Brasil, a par da existência do Enunciado nº 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, os magistrados, em tese, não deveriam utilizar e em regra não têm lançado mão desses inquéritos policiais e das ações penais em andamento, negativamente, a fim de ampliar a pena-base dos acusados em matéria penal. Na Alemanha, há situação mais abrangente, diante da utilização, não só de fatos penais, mas também de fatos extrapenais que constem dos registros criminais naquele país e na União Europeia. Embora isso, no direito alemão, tem-se ampliado a aceitação e aplicabilidade da tese do direito ao esquecimento, o que ressoa como consistente argumento para a não perpetuação de fatos longevos como maus antecedentes. Sobre isso, se viu que no Brasil, em 2021, o STF retomou e julgou o direito ao esquecimento e embora tenha acenado contrariamente, o assunto ainda não está definitivamente resolvido.

Para a hipótese sobre a qual se debruçou no decorrer desta pesquisa, contudo, resta algo incompreendido e sem pronta solução, consubstanciado em fragmentos secundários e não convergentes. Primeiro, há possibilidade legal de aplicação dos antecedentes com outra nomenclatura (conduta social) como predicados negativos ao acusado, em vista, de fatos desabonadores de sua vida pregressa, inclusive os decorrentes de outros feitos criminais, para os quais houve sentença e execução penal, porém, a utilização desses fatos pode implicar em *bis in idem*; segundo, utilizar todo e qualquer fato, penal e extrapenal, de procedimentos ou processos em andamento, enseja interpretação meramente virtual ou em perspectiva, diante da possibilidade de inocência do investigado ou processado; e terceiro, se no Brasil, há razão para não aplicação da reincidência por período superior a cinco anos, desde o trânsito em julgado da sentença anterior, muito mais razão haveria para não se lançar mão de maus antecedentes sem equivalente limitação temporal. Nesse sentido, o direito e o processo penal não devem ser utilizados como mecanismos que acenem para violações garantistas, mas sim enquanto missão que outorgue aos acusados, uma persecução penal estatal mais justa.

Ademais, a aplicação de circunstâncias diversas de forma negativa aos infratores penais, de modo perene, em nossa percepção, afronta os princípios constitucionais da proporcionalidade, da presunção de inocência ou da não culpabilidade e da dignidade humana, em vista do entendimento de diversos doutrinadores e de ministros do STJ e do STF, não obstante algumas decisões isoladas ainda contemplarem vertente oposta. De forma quase equivalente, o TCF da Alemanha, em algumas ocasiões, já se manifestou contrário a essa perpetuação negativa e vem adotando a teoria do esquecimento. No Brasil, por ora, em 2021, o STF, por maioria de votos, com o Tem 786, recusou a adoção do direito ao esquecimento.

Nesse contexto de tensões, o desafio e a esperança que se adota nesta pesquisa é a de que o garantismo penal e a obediência irrestrita aos princípios constitucionais aplicáveis nas duas nações sejam adotados como faróis e parâmetros para impedir que inquéritos e ações penais em curso, inquéritos e ações penais arquivadas ou julgadas há mais de cinco anos e outros fatos extrapenais, deixem de ser utilizados como antecedentes ou fatos desabonadores da conduta dos acusados em geral.

Portanto, se a problemática não encontra resposta ou solução ideal, ao menos desperta olhares para a utilização desses institutos sem limitação no tempo, como fatores prejudiciais à conduta social e à personalidade do agente. Isso, contudo, ainda não representa retórica dominante. De fato, há perspectiva dual e existem decisões em linha divergente, proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça no Enunciado nº 444 e pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 591.054, que consideram parte desses fatores, neutros para a fixação/dosimetria da pena.

A equação, todavia, não é tão simplória e linear. Ministros do STF já ressaltaram sobre a possibilidade de mudança da jurisprudência, inclusive quanto ao direito ao esquecimento, haja vista a reconfiguração da Corte após a decisão plenária que exarou posicionamento anterior. Alguns desses Ministros, inclusive, já externaram posição diversa do acórdão em vigência. Resta, então, nesse intervalo de incertezas, a aplicabilidade da tese atinente à impossibilidade da utilização dos inquéritos policiais e das ações penais em andamento como meio de agravar a pena-base dos imputados.

Do mesmo modo, se no Supremo Tribunal Federal houve decisão favorável à não utilização de inquéritos e ações penais em curso, também já houve sinalização da corte, em julgado

monocrático, quanto à não utilização de inquéritos e sentenças, arquivadas ou publicadas por tempo superior a cinco anos.

Quanto ao TCF alemão, há a esperança de que a teoria do direito ao esquecimento remanesça como horizonte seguro para a não perpetuação dos antecedentes prejudiciais. Nesse terreno ainda lacunoso, uma limitação temporal diretamente convergente à legislação daquele país, levaria à ressignificação da proporcionalidade acerca do tema de fundo. Assim, para infrações cujo preceito legislativo autorize a prisão perpétua, ao nosso sentir, não existiria óbice para a ampliação temporal equitativa quanto às circunstâncias subjetivas. Porém, noutras infrações com previsão de penas menores, por força da proporcionalidade, não haveria justificativa razoável para esse olhar eterno voltado para o passado. *Ubi eadem ratio ibi idem jus*.

Por fim, a permeabilidade nas concepções investigadas nos permite afirmar que a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso, na fixação da pena, não é tema pacificado no Brasil ou na Alemanha. O Supremo Tribunal Federal já salientou acerca da possibilidade de alteração quanto a esse entendimento, com a pretensão de selecionar demanda em matéria análoga para evoluí-la ao Plenário da Corte, já que, ante a nova formação plenária, poderá haver mutação no entendimento.

No âmbito da ausência de prescritibilidade para os maus antecedentes, igualmente no STF, com o Ministro Dias Toffoli e no STJ, com o Ministro Rogério Schietti Cruz, já se acolheu a tese do direito ao esquecimento, judicialmente. No Judiciário alemão, essa teoria do esquecimento, acena para a tendência de cessação do *looping* infinito de interpretações, aqui lidas como não razoáveis, que têm conduzido magistrados e cortes à utilização de todos os fatos da vida do acusado, sem limites no tempo, com o fim de acarretar sanções mais rigorosas, como se o Leviatã fosse um impiedoso deus com seu purgatório pronto para golpes de misericórdia, contra quem acumula erros sequenciais em sua existência.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA, **Strafgesetzbuch**. Trad. Claudia López Diaz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

_____. **Bundesverfassungsgerichts** (BverfG). BVerfG 2 BvR 1041/88 / 2 BvR 78/89 - Beschluss vom 3. Juni 1992 (LG Gießen, OLG Frankfurt/Main). Disponível em: <<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/bverfg/88/2bvr-1041-88.php3>>. Acesso em 03 mai.2020.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. 8º ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral: Volume 1. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso: 21 fev.2020.

_____, **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acesso: 21 fev.2020, às 14h46min;

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 444**. In: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=71;> Acesso: 25 dez.2019, às 15h46min.

_____. Superior Tribunal de Justiça, **HC 18864/MS**, Proc. 2001/0129913-0. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28%22HC%22.CLAP.+E+%40NUM%3D%2218864%22%29+OU+%28%22HC%22+ADJ+%2218864%22.SUCE.%29%29&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em 25 jan.2020.

_____, Supremo Tribunal Federal. **HC 159.727/AgR/SC**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur402146/false>>. Acesso em 21 nov.2020.

_____, Supremo Tribunal Federal: **RE 591054**, Relator(a): Min. Marco Aurélio de Mello,. Acórdão Disponível no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28dosimetria+da+p+ena+maus+antecedentes%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/o4vawkl>>. Acesso em: 24 abr.2015, às 16h46min.

_____, Supremo Tribunal Federal, **RHC 168.947**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho957900/false>>. Acesso em 20 nov.2020.

_____, Supremo Tribunal Federal, **Tema 786**. Relator Min. Dias Toffoli. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5091603&numeroProcesso=1010606&classeProcesso=RE&numeroTema=786.>> Acesso em 19 nov.2020.

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

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Vol. 01: Parte Geral. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

COSTA JR., Paulo José da; COSTA, Fernando José da. **Curso de Direito Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CUNHA JR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para concursos**. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. Salvador: JusPodivm, 2013;

_____, Rogério Sanches. **Código Penal para concursos**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;

GALVAN, Manuel Grosso. **Los antecedentes penales: rehabilitación y control social**. Barcelona: Bosch, 1983.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017;

_____, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Volume I. 16ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2017;

HARRENDORF, Stefan. **Rückfälligkeit und kriminelle Karrieren von Gewalttätern. Ergebnisse einer bundesweiten Rückfalluntersuchung**. Universitätsverlag Göttingen: Göttingen, 2007.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general**, 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues. **Não há tendências na proteção do direito ao esquecimento**, Conjur, 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-dez-25/direito-comparado-nao-tendencias-protacao-direito-esquecimento>>. Acesso em 02 mai.2020.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019;

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2017.
RODRIGUEZ LL. M. Javier Llobet. **La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según doctrina alemana)**. Revista de Derecho Procesal. N. 2. Madrid: Eredersa, 1995.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo 1. Fundamentos La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Míguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

RUDOLPHI, Hans-Joachim; DEITERS, MARK. **SK-StGB: systematischer Kommentar zum Stragesetzbuch**, v. 3. 9. ed. Berlin: Verlag, 2016.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória: teoria e prática**. Salvador: Juspodivm, 2015;

SÉRGIO SOBRINHO, Mário. **Registro Criminal. Análise e propostas para sua estruturação no processo penal sob o enfoque da eficiência e do garantismo**. 2009. 257 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A etapa intermediária e o Juiz de Garantias no Processo Penal Brasileiro: um passo importante e insuficiente**, in *Justiça do Direito*, v. 33, n. 3, p. 193, 2019.

SMITH, Huw Beverleu; SCHLOETTER, Agnes Lucas; OHLY Ansgar. **Privacy, Property and Personality: Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation** Cambridge: Cambridge University Press, Cambridge Intellectual Property and Information Law, nov. de 2005. Disponível em: <<http://s1.downloadmienphi.net/file/downloadfile4/206/1391135.pdf>>. Acesso em 23 mar.2017.

STOCO, Rui; FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5. ed. SP: RT, 1995.

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

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

VARALDA, Renato Barão. **Restrição ao princípio da presunção de inocência: prisão preventiva e ordem pública**. Porto Alegre: SAB, 2007.

VON HIRSCH, Andrew. **Guidance by numbers or words?: numerical versus narrative guidelines for sentencing**. In: WASIK, Martin; PEASE, Ken. *Sentence reform: guidance or guidelines?* Manchester University Press, 1987.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2016.