



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

EDSON CARLOS RIBEIRO

**ANTECEDENTES CRIMINAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
DE 1988**

BARBACENA

2011

EDSON CARLOS RIBEIRO

**ANTECEDENTES CRIMINAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
DE 1988**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Esp. Josilene Nascimento Oliveira

BARBACENA

2011

Edson Carlos Ribeiro

Antecedentes Criminais à luz da Constituição Federal de 1988

Monografia apresentada à Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Esp. Josilene Nascimento Oliveira
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Prof. Esp. Paulo Afonso de Oliveira Júnior
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Esp. Fernanda Sutic da Silva Paes
Advogada militante na 3^a Subseção - OABMG

Aprovada em: ___/___/___

Dedico este trabalho a todos os meus parentes, presentes em todos os momentos de minha vida, por todo carinho e apoio que sempre me ofereceram.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço a Deus a oportunidade de atingir não só a realização do curso de bacharel em Direito, mas a aprovação no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil.

Agradeço também à diretora do curso de direito, a todos os professores da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC e, da mesma forma, toda a equipe de apoio deste Centro Superior de Ensino que, de uma maneira ou de outra, cooperaram para que adquirisse o conhecimento básico, inicial para a minha projeção na carreira jurídica.

Agradeço também à minha orientadora e amiga, professora Josilene Nascimento Oliveira, sempre presente e paciente. Obrigado pelo seu apoio, dedicação e valiosas contribuições. Aos membros da banca examinadora, meus agradecimentos pelas críticas e sugestões apresentadas.

Finalmente, agradeço aos meus colegas de turma que, com suas participações em sala de aula, compartilharam suas dúvidas e conhecimentos, enriquecendo nossos momentos de estudos jurídicos.

O Direito Penal, mesmo quando rodeado de limites e garantias, conserva sempre uma brutalidade intrínseca que torna problemática e incerta a sua legitimidade moral e política.

Luigi Ferrajoli

RESUMO

Esta monografia tem por objetivo avaliar os efeitos dos maus antecedentes criminais na sociedade atual, lembrando onde surgiram e a necessidade de se ter um registro criminal dos delinquentes. Assim, pondera o alcance do instituto, o que é de primordial importância para cada cidadão, pois representa severa restrição nos direitos da personalidade. Dessa forma, é forçoso estabelecer leis que disciplinem os maus antecedentes criminais, conforme determinam os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil. À vista disso, o caminho adotado para constatar a aplicabilidade do instituto, não pôde ser outro, senão analisar os ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema, em face da aplicação da legislação vigente, bem como realizar um estudo acerca das repercussões negativas dos antecedentes criminais na vida de um egresso do sistema carcerário, em épocas remotas e contemporâneas. Ao final, constata que os registros criminais cumprem muito além do esperado, tendo uma função estigmatizadora do apenado, já que até nos meios informais a rotulação é automática. Diante disto, podemos verificar que, apesar da supremacia da Constituição Federal, de fato as máculas perpétuas deixadas pelos antecedentes criminais ofendem a cidadania plena e a dignidade da pessoa humana, em virtude de leis ordinárias visivelmente inconstitucionais autorizarem o retrocesso do direito penal do autor.

Palavras-Chave: Antecedentes Criminais. Perpetuidade. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT Adaptar porque fiz alterações no texto acima

This monograph values the effects of the bad criminal record at the current society, recalling where they appeared and the necessity of a criminal register of the delinquents having been. So, it considers the reach of the institute, which is of primordial importance for each individual that it composes the State, since it represents severe restriction in the rights of the personality. In this form, it is necessary laws establish, or articles, in the penal Code itself, what discipline the bad criminal, conformable record determine the rights and basic guarantees predicted in the Constitution of the Federative republic of Brazil. In view of that, the way adopted to note the applicability of the institute, could not be another snag to analyse the teachings doutrinários and jurisprudenciais on the subject, in view of the application of the legislation in force, as well as to accompany, even that to the distance in remote and contemporary times, the negative repercussions in the life of an ex-prisoner of the system carcerário. So that, they do not give birth to doubts

Keywords: Bad Criminal record. Criminal register. Penal code. Ex-prisoner of the System Carcerário. Perpetual stains..

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	ANTECEDENTES CRIMINAIS: ORIGEM E EVOLUÇÃO.....	122
3	ANTECEDENTES CRIMINAIS.....	16
3.1	Conceito.....	16
3.1.1	Envolvimento em inquéritos policiais e processos criminais em trâmite.....	17
3.1.2	Processos findos com sentenças absolutórias.....	Erro! Indicador não definido.
3.1.3	Processos arquivados pela extinção da punibilidade.....	22
3.2	Natureza jurídica.....	27
3.3	Distinção em relação à reincidência.....	28
3.3.1	Prescrição quinquenal prevista no art. 64, inciso I, do Código Penal	Erro! Indicador não definido.
4	EFEITOS DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO.....	31
4.1	Fixação da pena-base.....	32
4.2	Regime de cumprimento de pena.....	33
4.3	Substituição por penas restritivas de direitos.....	36
4.4	Benefício da suspensão condicional da pena.....	36
4.5	Execução da reprimenda imposta.....	36
4.6	Progressão de regime de cumprimento de pena e livramento condicional.....	40
4.7	Medidas despenalizadoras da transação penal e da suspensão condicional do processo.....	36
5	ANTECEDENTES CRIMINAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	444
5.1	Princípio da presunção de não-culpabilidade.....	45

5.2	Princípio da individualização da pena	47
5.3	Princípio da dignidade da pessoa humana	50
5.3.1	A quitação do débito social e a estigmatização criminal	Erro! Indicador não definido.
5.4	Princípio do <i>non bis in idem</i>	56
5.5	O direito penal do fato	57
6	CONCLUSÃO.....	62
	REFERÊNCIAS.....	644

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema principal breves considerações analíticas sobre os antecedentes criminais. O objetivo geral desta monografia é o de indagar sobre legalidade da perpetuidade dos antecedentes criminais, à luz dos princípios constitucionais que regem o Estado Democrático de Direito.

A abordagem deste tema tem enfoque em toda legislação anterior a 05 de outubro de 1988, porque deve levar em consideração o problema da recepção ou não de normas anteriores à promulgação da atual Constituição da República Federativa do Brasil, bem como as regras posteriormente editadas, a observar sua supremacia e rigidez, o que dificulta a alteração de seu texto, diferentemente do que ocorre com a formação de leis ordinárias e complementares.

O Diploma Maior, assim como tratados e convenções internacionais em que o Brasil seja parte, estabelece autonomias ao ordenamento jurídico atual, o qual deve ser um todo harmônico, admitindo-se antinomias só aparentes. Desta forma, antecedentes criminais *ad eternum* contrastam com diversos princípios não só constitucionais, diferentemente do que ocorre com instituto semelhante, qual seja o da reincidência, porém, com prazo razoável para reeducar aquele que recebeu reprimenda penal.

Então, como veremos, existem preceitos, mesmo que implícitos vão dimensionar a importância da justa influência dos antecedentes na vida do delinquente, porque o débito social originado de uma conduta delituosa deve ser quitado e, quando isso acontecer, direitos e garantias fundamentais serão assegurados plenamente ou não ao apenado? Isto vai comprovar se repousa, na sociedade, a convicção de que o ente estatal é dotado de prerrogativas e deveres somente no intuito precípua de promover um estado de bem estar social.

Neste mister, são impostas ao Estado as ditas liberdades constitucionais, isto é, um fazer ou um não fazer em relação ao núcleo intangível dos direitos e garantias individuais para que a cidadania, a dignidade

da pessoa humana e os valores sociais do trabalho não sejam prejudicados por ação ou omissão estatal.

2 ANTECEDENTES CRIMINAIS: ORIGEM E EVOLUÇÃO

A organização de um sistema que registre e aponte as incursões, pelo agente criminoso, na seara penal não deixa de estar ligado aos fins da pena e, desta forma, nasce para reprovar e prevenir o crime. Neste compasso, há necessidade de se criar um ponto de equilíbrio entre os interesses sociais e a sanção que será imposta ao réu, sendo que isto está subordinado aos efeitos penais que busca o detentor do direito de punir.

Na busca da origem e evolução dos antecedentes não se pode esquecer que eles dependem da prática criminosa, assim entendida e considerada por cada grupo social.

Para esta definição, este grupo deve ser analisado no tempo e no local de sua existência, o que deve ser feito em decorrência do dinamismo jurídico, pois condutas humanas podem ser consideradas delituosas ou não, a depender do país e mesmo da época em que a mesma se exterioriza.

Dessa forma, o registro criminal nasce com a necessidade de se combater e resistir à criminalidade, o que vem acontecendo gradativamente ao longo dos tempos, através de mecanismos penais que estão em defesa da sociedade em face do criminoso, revelando seus antecedentes criminais.

Assim, os ilícitos penais podem existir e serem posteriormente abolidos do sistema penal, em consequência do estágio de evolução social, mas podem também existir em uma porção de território internacional e em outra não. No primeiro caso, haverá importante repercussão para os infratores, que não mais sofrerão os efeitos da pena, salvo efeitos civis, e não serão considerados reincidentes nem portadores de maus antecedentes, conforme se deduz do artigo 2º do Código Penal.

Ainda no caminho da persecução penal, o ordenamento jurídico pátrio estatui que a pena deve ser necessária e suficiente para reprovar e prevenir delitos, conforme está previsto no artigo 59 do Código Penal, para com isto evitar um novo comportamento que agrida, de forma intolerável, bem jurídico relevante. E, justamente pelo grande valor que cada bem jurídico representa para a coesão e bem estar social, há institutos em função do delito, a exemplo das variadas formas de aplicação de pena e dos efeitos desta.

Diante disto, o registro criminal tinha função de preencher, desde sua origem, os fins da pena associado a um fortalecimento da comunidade. Para Veiga (2000, p. 58), os antecedentes criminais tiveram traços iniciais na Idade Moderna, sendo que sua origem foi na França, no ano de 1850, com a adoção do modelo e sistema de Bonneville Marsagny, onde as informações sobre os antecedentes do réu deixaram de ser prestados somente pelos serviços policiais e passaram a constituir ficheiros a cargo dos escrivães nos vários tribunais. Assim, tal sistema sobrevive até hoje com modificações pontuais. Esclarece referida estudiosa (2000, p. 58):

A evolução registada na maioria dos países da Europa, nos finais do século passado, traduzia-se na adopção do sistema francês onde tal instituto foi pioneiro. O registo evoluiu como instituto independente, com finalidades particulares destinadas a auxiliar a justiça penal, não se excluindo dos seus objectivos a ajuda que sempre prestou à polícia na investigação criminal. Existe, pois, actualmente, na generalidade dos países, um registo central para onde se canalizam as informações atinentes ao passado criminal de cada um dos cidadãos.

Também com intuito de demonstrar a gênese dos antecedentes criminais, a partir de sua organização através de registros, que visam identificar minuciosamente o criminoso, para aplicação de uma medida penal eficaz, apta a atender não só aos anseios da lei penal, destaca Pierangeli (2001^{apud} Almeida 2009)¹ que na época em que o Brasil era colônia de Portugal, tínhamos traços dos antecedentes criminais, vejamos:

É possível mencionar, todavia, que os diplomas legislativos, desde as Ordenações do Reino de Portugal, especificamente o Código Filipino, traziam em seu bojo disposições que revelavam certa preocupação, à época, com a vida *anteacta* dos que houvessem praticado algum ato delituoso – malfeitores –, de tal forma que são originárias daquele período as *folhas* ou *folhas corridas*, a saber, documentos que eram expedidos pelos escrivães e tabeliães e levados pelos *corredores de folhas* com o fito de certificarem a ocorrência de crimes em outras escriturarias ou comarcas (Pierangelli, 2001, p. 197-198). Tais disposições reais tratavam de certos cuidados que deveriam ter os *corredores de folhas*, os escrivães, assim como os julgadores, no momento da soltura dos réus, sob pena de pagamento de multas. Nesse mesmo tempo, surgiu o *rol dos culpados*, livro onde são inseridos os nomes, por ordem alfabética, dos agentes condenados pela Justiça Criminal (Pierangelli, 2001, p. 198-199). O Código Penal do Império e o Código Penal da República, de 1831 e 1890, respectivamente, não traziam disposição alguma acerca dos

¹<<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/5-1274831407.PDF>>

antecedentes criminais dos indivíduos processados. Somente a Consolidação das Leis Penais, aprovada pelo Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, já sob a influência positivista, consignou, em seu artigo 51, *caput*, a possibilidade da concessão do benefício da suspensão condicional da pena em relação ao acusado, *que não tenha revelado caráter perverso ou corrompido, tendo-se em consideração as suas condições individuais, os motivos que determinaram e as circunstâncias que cercaram a infração da lei penal*. Instituiu-se, também, a revogação do referido benefício *por fato anterior ou posterior à mesma suspensão* (parágrafo 1º do artigo citado) (Pierangeli, 2001, p. 336). São esses, contudo, os registros que precederam e instituíram, na legislação penal brasileira, a conferência de fatos e circunstâncias da vida pregressa do indivíduo julgado ou daquele que se encontra no cumprimento da pena.

Apesar de não haver consenso absoluto acerca do local de surgimento dos antecedentes criminais, é incontestável que o registro facilita a organização dos antecedentes.

Na sociedade brasileira, atualmente, não raro, quase todas as incursões na seara penal, sob o enfoque de suposta prática delitiva, têm repercussão para o que são denominados maus antecedentes criminais, sendo que, *contrario sensu*, a noção de bons antecedentes criminais é proveniente de ausência de informações ditas negativas.

Assim, estes informes da vida pregressa são disponibilizadas pelo Poder Judiciário, e até mesmo no Poder Executivo, representado pelas Delegacias de Polícia Federal ou Estadual.

O órgão judicante é responsável pela Certidão de Antecedentes Criminais (CAC), enquanto a Folha de Antecedentes Criminais (FAC) é de atribuição das Delegacias. Com isso, o Poder Público alimenta seus registros, o que serve para classificar os cidadãos, mostrando parte da personalidade dos mesmos.

O artigo 202 da LEP (Lei de Execução Penal - Lei n.º 7.210/84) impõe limitação ao fornecimento dos documentos referidos acima, estabelecendo que, ao ser cumprida ou extinta a pena, não mais pode constar de folha corrida, atestados ou certidões emitidas pelo Poder Público o registro do processo ou mesmo qualquer outra menção à condenação. Porém, abre-se exceção no caso de instrução processual penal e em casos expressamente previstos em lei. Nestes casos, por exemplo, existem o Instituto de Identificação e Estatística, ou repartições congêneres que gerenciarão registros de

condenações para concessão ou revogação de benefícios, após comunicação do juiz ou tribunal, nos termos do artigo 709, Código de Processo Penal - CPP.

Diante de tudo, nota-se que os antecedentes criminais realizaram sua função social a partir do momento da criação do registro criminal, o que possibilitou inclusive a individualização da reprimenda estatal, através da instrumentalização de dados de condenados que reiteradamente incidem em condutas delitivas.

3 ANTECEDENTES CRIMINAIS

3.1 Conceito

A definição comum do que sejam antecedentes pode ser encontrada no minidicionário da língua portuguesa Soares Amora, como sendo “o que antecede; que sucedeu antes; fatos anteriores; atos da vida passada”, porém, aqui, trataremos de eventos anteriores associados a um fator muito influente que é o qualificativo criminal.

Daí, o substantivo composto, antecedentes criminais, ganha novos contornos, tomando forma e significação jurídica muito específica, identificando, para o presente e futuro, um comportamento humano socialmente reprovável, localizado inicialmente no Estatuto Punitivo por excelência, isto é, no art. 59 do Código Penal Brasileiro (CPB).

Assim, tanto na persecução penal *extra iudicio*, vale dizer, durante o Inquérito Policial, bem como, na persecução penal *in iudicio*, e esta fase, traduz-se em ação penal, ambas com potencialidade de gerar informes negativos, os quais serão disponibilizados nos tribunais jurisdicionais e nas Delegacias de Polícia.

Greco (2011, p. 554), revela ao analisar as circunstâncias judiciais que “Os antecedentes dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência”. No entanto, a ilustre posição do renomado autor, muito bem sintetizada não abrange o conceito fático e formal, pois que, o mesmo extrapola o âmbito penal, deixando marcas indeléveis que se repercutem em todas as áreas do campo social, no qual está inserto o agente considerado criminoso.

Assim, elastecendo a enunciação, hoje de fato aplicada, teremos que antecedentes criminais seriam, sim, toda incursão na seara penal, inapta a gerar reincidência, que alcança seu destinatário nas mais variadas atividades do dia-a-dia, desaguando em um gravame perante a sociedade, o que em síntese, mitiga o direito de cidadania.

Nucci (2010, p. 401), ao ressaltar efeitos que não mais se projetam após a reforma feita no Código Penal Brasileiro em 1984, admite que o conceito do instituto em apreço é bem mais abrangente:

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. Antes da Reforma, de 1984 podia-se dizer que os antecedentes abrangiam todo o passado do réu, desde as condenações porventura existentes até os seus relacionamentos na família ou no trabalho. Atualmente, no entanto, destacando-se a conduta social de dentro dos antecedentes, terminou sendo esvaziado este último requisito, merecendo circunscrever sua abrangência à folha de antecedentes. É verdade que os autores da Reforma mencionam que os antecedentes “não dizem respeito à ‘folha penal’ e seu conceito é bem mais amplo (...) deve-se entender a forma de vida em uma visão abrangente, examinando-se o seu meio de sustento, a sua dedicação a tarefas honestas, a assunção de responsabilidades familiares” (MIGUEL REALE JÚNIOR, RENÉ ARIEL DOTTI, RICARDO ANTUNES ANDREUCCI e SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO, Penas e medida de segurança no novo Código, p. 161). Entretanto, ao tratar da conduta social, os mesmos autores frisam que ela se refere “ao comportamento do réu no seu trabalho, no meio social, cidade, bairro, associações a que pertence”, entre outros. Ora, não se pode concordar, que os *antecedentes* envolvam mais do que a folha corrida, pois falar-se em “meio de sustento”, “dedicação a tarefas honestas” e responsabilidades familiares” tem a ver com conduta social.

Ainda na esteira de Nucci, verificamos a prevalência de duas teses doutrinárias predominantes do que sejam antecedentes criminais, sendo considerado, na classificação da primeira, tudo o que consta na folha de antecedentes do réu, sem qualquer distinção (posição predominante atualmente); enquanto a outra posição, diz que antecedentes são apenas as condenações com trânsito em julgado, as quais não são aptas a gerar reincidência, assim todo o mais não deve ser apreciado, isso em virtude do princípio da presunção de inocência.

3.1.1 Envolvimento em inquéritos policiais e processos criminais em trâmite

Na dinâmica jurídica do sistema penal brasileiro imprescindível é sua compatibilização com a evolução jurídico-constitucional até hoje alcançada, onde os tribunais superiores estabelecem diretrizes balizadas em marcos que

se coadunam com tal evolução, as quais devem ser efetivadas tanto na *persecutio criminis in iudicio* (instrução processual penal), bem como na *persecutio extra iudicio* (inquérito policial).

Assim, considerar como maus antecedentes as referidas persecuções violaria o princípio constitucional da não culpabilidade, previsto no art. 5º, LVII, CRFB, que estabelece que, até que haja sentença penal condenatória com trânsito em julgado, ninguém pode ser considerado culpado.

Seguindo este raciocínio, já decidiu o STF:

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. (STF - HC 84088, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 20-04-2007 PP-00102 EMENT VOL-02272-02 PP-00212 LEXSTF v. 29, n. 342, 2007, p. 366-377)

Todavia, a doutrina majoritária considera que qualquer registro do indivíduo por ter o mesmo se envolvido em um delito são antecedentes, isto é, tudo o que consta na folha de antecedentes do réu já é suficiente para configurar maus antecedentes criminais.

Nesse sentido, afirma Nucci (2010, p. 401) ao definir maus antecedentes:

Outra questão tormentosa, firmando-se o entendimento de que *antecedentes* são os aspectos passados da vida criminoso do réu, é a análise do que pode ser incluída neste contexto. Há *duas posições* predominantes: I) *considera-se tudo o que consta na folha de antecedentes do réu*, sem qualquer distinção (posição predominante, atualmente).

O próprio STF também já adotou este posicionamento, vejamos:

HABEAS-CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. CONCURSOS MATERIAL (DESTRUIÇÃO DE CADÁVER) E DE PESSOAS. AGRAVAMENTO DA PENA-BASE: MAUS ANTECEDENTES, ETC. (CP, ART. 59, "CAPUT"). EXASPERAÇÃO DA PENA NO JULGAMENTO DO APELO DA ACUSAÇÃO: CRITÉRIO TRIFÁSICO (CP, ART. 68). 1. Pena-base agravada em um ano de reclusão (1/12) em face dos maus antecedentes do paciente, comprovados por alentada folha onde constam diversos inquéritos em andamento e uma condenação ainda não trânsita em julgado, e, ainda, em face da conduta social, da personalidade voltada para o crime, pelos motivos do crime e sua forma de execução e pela evidente reprovabilidade. Concurso de três qualificadoras: uma utilizada para qualificar o homicídio e duas consideradas como circunstâncias judiciais para o aumento de 2 anos da pena de reclusão. "Habeas-corpus" conhecido, mas indeferido nesta parte; voto vencido do Relator, que anulava sentença do Juiz Presidente do Tribunal do Júri. 2. "Habeas-corpus" deferido em parte, à unanimidade, para anular o acórdão na parte em que exasperou a pena do paciente, determinando-se que outro seja lavrado, nesta parte, com observância do critério trifásico de aplicação da pena, previsto no art. 68 do Código Penal.(HC 72130, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/1996, DJ 14-06-1996 PP-21074 EMENT VOL-01832-01 PP-00126)

O que podemos constatar das decisões proferidas pelo Supremo não é a divergência injusta dos julgados, mas a relatividade do princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, inciso LVII, CRFB. Nestes casos, justifica-se a necessidade de se mitigar o referido princípio em prol da manutenção da ordem pública e do senso de justiça social.

Isto ocorre em face da vida pregressa do agente, que, muitas vezes, praticou aquela conduta delitativa uma única vez, por um infortúnio, mas que, com quase certeza, não voltará a delinquir.

Apesar das posições contraditórias do STF, guardião de nossa Constituição Federal, em relação aos maus antecedentes criminais em consonância com o princípio da não-culpabilidade, edita o Superior Tribunal de Justiça, em 13 de maio de 2010, a Súmula n.º 444, com a seguinte redação: "Súmula n.º 444. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base."

Assim, observamos que o Superior Tribunal de Justiça, prestigiando o consagrado princípio constitucional do estado de inocência, estabeleceu que meras investigações em trâmite ou processos em andamento não podem configurar maus antecedentes.

Sobre a importância dos princípios constitucionais, preleciona Silva (2011, p. 91-92):

Princípio exprime a noção de “mandamento nuclear de um sistema”. Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, “os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.

Então, percebemos que a norma jurídica ao se revestir da essencialidade contida nos princípios encontra lastro rochoso, idôneo à construção do edifício jurídico, o que permitirá a reprodução do interesse comum da sociedade, tornando-a apta e legítima para reger a pacificação social. Desta forma, não é difícil a inferência no sentido de que a violação de um princípio não se iguala a de uma norma, sendo aquela violação uma indisciplina qualificada, visto que, ofende de maneira abrangente a norma e seus fundamentos, atentando contra a harmonia do ordenamento jurídico.

Muito mais importantes são os princípios constitucionais, tanto os expressos como os implícitos, que assim como normas constitucionais possuem força cogente, vinculadora para todas as demais espécies normativas. Isso se justifica pela supremacia da Constituição perante a rigidez constitucional.

Destarte, ao se estabelecer o conceito de antecedentes criminais, afigura-se imperioso analisá-lo à luz dos princípios constitucionais, como o da presunção de inocência, como procedeu o STJ ao editar a Súmula n.º 444.

3.1.2 Processos findos com sentenças absolutórias

A sentença absolutória consiste num pronunciamento judicial em que não é acolhida a pretensão punitiva, sendo que, conseqüentemente, não é imposta qualquer sanção penal ao acusado.

Nos termos do artigo 386 do Código de Processo Penal, o magistrado irá absolver o réu quando o fato não se tratar de infração penal, não houver prova de que o fato existiu, existir prova de que o réu não concorreu para o delito,

não houver prova de que o réu concorreu para a infração penal, estiver o réu amparado por causas excludentes do crime ou que o isentem de pena ou quando não houver prova suficiente para a condenação (princípio *in dubio pro reo*).

Assim, existindo uma sentença penal absolutória, esta poderia gerar antecedentes criminais? Existem autores que, dependendo do tipo de absolvição, não a consideram como declaração de inocência hábil a isentar o acusado de possuir maus antecedentes, porque alicerçam sua tese na folha de antecedentes do réu e em qualquer fato desabonador na seara penal. De sorte que, se, por exemplo, a absolvição não se der por: atipicidade; inexistência do fato; inexistência de autoria do acusado; ou causas de isenção e excludentes de ilicitude, ao acusado, restará a condição de portador de maus antecedentes.

É o que sustenta Lyra e também Cernicchiaro (s/n *apud* Nucci, 2010, p. 402):

Como diz ROBERTO LYRA, “os precedentes penais caracterizam a reincidência, mas os processos arquivados ou concluídos com absolvição, sobretudo por falta de provas, os registros policiais, as infrações disciplinares e fiscais, podem ser elementos de indicição veemente” (comentários ao Código Penal, v. 2, p. 211). E igualmente opina CERNICCHIARO: “o julgador, porque fato, não pode deixar de conhecer e considerar outros processos findos ou em curso, como antecedentes, partes da história do réu. Urge integrar a conduta ao *modus vivendi* anterior. Extrair a conclusão coerente com o modo-de-ser do acusado. Evidentemente com a necessária fundamentação para que se conheça que não ponderou como precedente o que é só antecedente penal (Direito penal na Constituição, p. 116).

Diante de uma declaração de inocência proferida, em sentença penal absolutória própria, por um juiz imparcial, resultada de um devido processo legal, onde foram asseguradas ampla defesa e contraditório às partes, bem como um razoável período de duração do feito criminal, e demais meios assecuratórios constitucionais e legais, por isso, não podemos concluir por possuir, o acusado, maus antecedentes aptos a lhe gerar restrições em qualquer campo social que por ventura venha passar.

O descrito acima decorre das chances e possibilidades que tiveram a sociedade por intermédio dos acusadores de provarem cabalmente a culpa do acusado e, em não se desincumbido do ônus probatório por qualquer motivo, ou deixando escoar o prazo permitido pela lei para que se forme um título

executivo judicial penal, não se pode macular a pessoa do suposto agente criminoso com uma desconfiança estatal.

Então, a dúvida deve beneficiar o réu, apagando qualquer vestígio de incidente penal, bastando, para isso, a lembrança do princípio da segurança jurídica, o qual se corporifica na estabilidade que mantém a coesão social, pois que dúvidas infundadas, as quais não se comprovam, mas continuam a evidenciar negativamente um indivíduo é motivo de discórdia e faz- com que haja descrédito do poder constituído perante os cidadãos. E, mais ainda, a cogitação individual no sentido de que o problema com a justiça é deixar-se flagrar, pois caso contrário, pode-se cometer qualquer tipo de atrocidade, desmerecendo assim a ética, que é um valor que deveria nortear todo cidadão em âmbito global.

3.1.3 Processos arquivados pela extinção da punibilidade

Frente a diversos princípios constitucionais: clemência soberana, segurança jurídica, intranscendência da pena, retroatividade da lei penal benéfica, dentre outros, e com o fito de limitar a possibilidade do Estado de aplicar o seu *ius puniendi*, traz o Código Penal, no seu artigo 107, um rol não exaustivo de causas que extinguem a punibilidade do agente.

As causas que extinguem a punibilidade buscam fundamentos diversos, porém, estão agrupadas, em princípio no Código Penal, não impedindo que sejam elencadas em outros artigos do mesmo estatuto repressivo e também em normas extravagantes.

Contudo, o que mais importa em tais causas são as orientações de seus efeitos penais, isto é, partir do momento em que proporcionarão reflexos, na maioria das vezes, negativo, na vida dos acusados.

Os reflexos em questão são derivados dos efeitos penais principais e secundários de uma sentença penal condenatória, bem como pelos efeitos extrapenais genéricos e específicos do mesmo ato judicial.

Efeito a princípio irrelevante para maioria dos delinquentes é a questão dos antecedentes, pois sua preocupação primordial é a imposição de pena, a

qual lhes retirará a liberdade de locomoção. Todavia, passada esta fase com ou sem as benesses da lei penal, o infrator sofrerá os efeitos colaterais da reprimenda estatal, os quais, regra geral, lhe acompanharão, não só pelo remanescente de sua existência, mas quiçá por toda eternidade, pois mesmo que tenhamos leis expressas limitando no tempo seus efeitos, permanecerá gravado no contexto social em vive o autor do delito.

Então, a lei deve existir ou não, em consequência de que tipo de sociedade, queremos construir e manter, porque antes de tudo a confiança que tem que prevalecer entre Estado e cidadão não pode ser abalada, sob pena de sucumbir o primeiro, em virtude da desagregação provável, que resultará do descontentamento que cada membro social sentirá de uma decisão contemplativa de interesses de uma classe, e não de uma decisão justa e uniforme, a qual equilibra a realidade social, não concedendo privilégios indevidos, mas somente recompensado à parte lesada, nas medidas das possibilidades humanas, visando realizar a igualdade existente na essência humana, independente da história social do indivíduo.

Desse modo, é importante conhecer as causas extintivas da punibilidade previstas no artigo 107 do Código Penal brasileiro, as quais serão analisadas abaixo.

A primeira delas é a morte do agente. Diz o atual Código Civil, nos idos dos artigos 6º e 7º, que a existência da pessoa natural termina com a morte, considerando para isso, além da real, inclusive a morte presumida.

Tal fato é dotado de relevância na área penal, pois já na Constituição Federal temos a consagração do princípio da intranscendência da pena, conforme artigo 5º, inciso XLV, que estabelece que nenhuma sanção penal poderá atingir pessoa diversa do condenado, sendo que a reparação do dano e a decretação de perdimentos de bens pode ser estendida aos sucessores até o limite da herança recebida. O dispositivo constitucional é claro no sentido de que não existe herança negativa, então no campo civil o sucessor do falecido responde por débitos deste somente até às forças da herança recebida. E não persistindo contra os sucessores quaisquer resquícios da seara penal, pois como diz Nucci (2010, p. 551) “aplica-se a esta causa extintiva da punibilidade o princípio geral de que a morte tudo resolve (*mors omnia solvit*)”. Sendo certo ainda que, dependendo da situação processual,

haverá legitimidade dos sucessores para prosseguimento em juízo de recurso em trâmite, isto porque o resultado processual repercutirá no campo cível.

Também estão previstas como causas extintivas da punibilidade a anistia, a graça e o indulto. Para estas formas, existe previsão no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, na Lei n.º 7.210/84, em seus artigos 183 a 197, bem como no Código de Processo Penal, onde se constata que o Estado permanece com a possibilidade de punir o infrator, entretanto, por motivo de indulgência soberana abre-se mão da aplicação de sanção.

A anistia está relacionada a fatos e não a pessoas, impuníveis em virtude de utilidade social, tendo força de extinguir a ação e a condenação. Há que se pontuar dentre os tipos de anistia entre a geral e parcial, onde a primeira abrange a todos que praticaram algum fato indistintamente. A segunda, somente atinge alguns (ex.: dos não reincidentes). A forma de concessão está ligada à edição de lei pelo Congresso Nacional, dotada de efeitos retroativos, apaga o crime e todos os efeitos da sentença penal, porém não alcança efeitos civis.

A graça, também denominada indulto individual, beneficia uma pessoa em virtude de atos meritórios, não levando em consideração os fatos criminosos. Sua concessão é feita pelo Chefe do Poder Executivo Federal, dentro da sua discricionariedade, assim, não está sujeita a recurso e seu alcance poderá ser total ou parcial, à medida que atinja todas as punições impostas ao condenado ou alguns aspectos da condenação. Neste caso, denomina-se comutação, em que permanecerá a imposição de sanção. Neste sentido, tanto a concedida forma total como a parcial não afasta os efeitos secundários da condenação (reincidência, antecedentes etc.).

Indulto é coletivo e destinado a grupo de sentenciados, pode ter base em requisitos subjetivos (ser o réu primário, de bons antecedentes e conduta carcerária) e objetivos (por exemplo, cumprimento parcial da pena). Assim como a graça, pode ser total ou parcial, e neste segundo caso é comutação, não extinguindo todas as condenações do beneficiário, mas diminuindo ou substituindo a punição por uma mais leve. Do mesmo jeito, não releva efeitos penais secundários.

Outra causa extintiva da punibilidade é a retroatividade de lei, que não mais considera o fato como criminoso, denominado de *abolitio criminis*.

Consequentemente a retroatividade da lei penal benéfica importará em verdadeira atipicidade penal, pois a conduta deixa de ser considerada criminosa e assim todos os efeitos penais são excluídos, contudo, persistem efeitos civis.

São ainda causas extintivas da punibilidade a prescrição, a decadência e a perempção.

A prescrição se consubstancia com o decurso de lapso temporal superior ao permitido pela lei para que o Estado forme um título executivo penal e após passe a executá-lo, o que é regulado nos artigos 107, 109 a 119, todos do Código Penal, sendo que a perda do *ius puniendi* pode ser dar pela pena abstrata ou concretamente fixada.

Porém, bipartição importante é que trata da perda do direito de punir estatal em: prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória. Sendo que, a primeira se estabelece antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória; já a segunda, após o trânsito em julgado. Assim, os efeitos que decorrem são totalmente díspares, conforme destacar Greco (2011, p.706) ao citar jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

A incidência da prescrição da pretensão punitiva importa na rescisão da sentença condenatória, que não faz coisa julgada material, e na supressão de seus efeitos principais e acessórios, resultando, ainda, na perda do direito de ação cognitiva, pois extingue a pretensão do Estado em obter qualquer decisão a respeito do fato criminoso, não acarretando nenhuma responsabilidade para o acusado, tampouco marcando seus antecedentes ou gerando futura reincidência. Equivale, na verdade, à exata proclamação de inocência, pois são apagados os efeitos da sentença condenatória, como se jamais tivesse existido ou sido praticado o crime (STJ - MS 6877/DF, Mandado de Segurança 2000/0027913-7, 3ª Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julg. 25/4/2001, DJ 21/5/2001, p. 55).

Lado outro, na prescrição da pretensão executória, o Estado agora possui um título, o qual passa a ser regulado pela pena aplicada, porém, sua ocorrência não impede a configuração dos efeitos penais secundários, mas somente dos efeitos ditos principais, em especial, a execução da pena nos moldes da Lei de Execução Penal.

Existem hipóteses de causas extintivas da punibilidade no artigo 107, a exemplo, da renúncia do direito de queixa, do perdão aceito, da retratação do agente, bem como da decadência e da perempção onde é fácil concluir que,

pelos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório e, da mesma forma, da presunção de inocência, previstos, respectivamente, no artigo 5º, incisos LV e LVII, da Constituição Federal, que não houve formação de culpa.

Daí, não se pode falar em efeitos penais conforme impõe a Lei Maior. Contudo, existem correntes doutrinárias considerando como antecedentes penais qualquer passagem do indivíduo na seara penal, o que ofende frontalmente princípios básicos do nosso Estado Democrático de Direito. Mas existe também posição, na doutrina constitucionalmente correta, admitindo a aplicação de efeitos penais só após o trânsito julgado de sentença penal condenatória.

Diante disto, para melhor entendimento, vamos verificar os momentos dos institutos mencionados no parágrafo anterior. A decadência ocorre, nos termos do artigo 103 do Código Penal, em crimes de ação penal pública de iniciativa privada, e nos sujeitos à representação do ofendido, decorridos seis meses do conhecimento da autoria criminosa, enquanto, que a perempção também advém de inércia do ofendido, nas formas previstas na lei processual penal, em seu artigo 60. Já a renúncia e o perdão aceito diferem quanto ao momento da ação penal, sendo que a primeira ocorre antes da propositura da devida ação e se constitui em um ato unilateral; e o segundo é ato bilateral, devendo pressupor a aceitação do réu, o qual acontece após o início da ação penal privada. Por fim, a retratação é como diz Nucci (2010, p.562) “o ato pelo qual o agente reconhece o erro que cometeu e o denuncia à autoridade, retirando o que anteriormente havia dito”.

A última causa extintiva no artigo 107 do CP é o perdão judicial, o qual não se confunde com o perdão oferecido pelo ofendido nas ações privadas. O perdão aqui tratado deve estar previsto em lei, para que o juiz no caso concreto deixe de aplicar pena, por entender que o incidente em prática criminosa já sofreu com o delito, de forma que, as consequências da infração atingiram o próprio agente de maneira tão grave que a sanção penal se torna desnecessária.

Neste propósito, o Superior Tribunal de Justiça também editou a Súmula n.º 18, apagando efeitos penais, nos seguintes termos: “Súmula n.º 18. A

sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório.”

3.2 Natureza jurídica

A classificação de um instituto dentro do sistema jurídico, no qual o mesmo encontra-se inserto, define sua essência ou condição própria no âmbito do direito, determinando a sua origem, o que possibilita uma percepção mais acurada do ordenamento jurídico sobre o instituto, separando de um todos os seus elementos constituintes, isto é, estabelecendo sua natureza jurídica.

Então, na busca dessa classificação dos antecedentes criminais em nosso sistema jurídico atual, necessário se faz analisar a parte geral do diploma repressivo, em especial, o estatuído no artigo 59 do Código Penal, em que o juiz faz uma apreciação, além de outros dados, de oito circunstâncias para individualizar a pena no caso concreto, assim estabelecido:

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

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Essas circunstâncias são utilizadas pelo julgador no intuito de se apurar, dentre outras medidas, a extensão da pena que o condenado deverá se submeter; a pena que mais se aproximará dos princípios da necessidade e da suficiência, para que o apenado não volte a delinquir, ou em outras palavras, que ao menos se tangencie a reprovação e prevenção de delitos como quer a lei penal.

Greco (2011, p. 553), ao lecionar sobre a aplicação da pena, cuida das circunstâncias judiciais, e antes de dissecar cada uma delas, e em primeira mão, já revela a natureza jurídica dos antecedentes, isto é, diz que juntamente

com mais sete, o instituto em exame, é uma espécie de circunstância judicial, nos seguintes termos:

As circunstâncias judiciais, que deverão ser obrigatoriamente analisadas quando da fixação da pena-base pelo julgador, são as seguintes: a) culpabilidade; b) antecedentes; c) conduta social; d) personalidade do agente; e) motivos; f) circunstâncias do crime; g) consequências do crime; h) comportamento da vítima.

Diante disto, não pairam dúvidas de que os antecedentes criminais é uma circunstância judicial e, como tal, deve ser levado em consideração na fixação da pena privativa de liberdade, na aplicação da pena-base.

3.3 Distinção em relação à reincidência

A reincidência está plasmada expressamente nos artigos 63 e 64, do Código Penal, bem como no art. 7º, da Lei de Contravenções Penais, sendo considerados pela doutrina pátria normas penais não-incriminadoras complementares, as quais disciplinam e orientam a aplicação da reincidência e de sua eficácia

Sobre a definição de reincidência, estabelecem os artigos 63 do Código Penal e 7.º do Decreto-Lei n.º 3.688/41 (Lei de Contravenções Penais):

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

Art. 7º. Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou estrangeiro, por qualquer crime, ou no Brasil, por motivo de contravenção.

Nesta toada, observamos que é considerado reincidente no ordenamento jurídico brasileiro aquele que se enquadrar em uma destas hipóteses: ter praticado nova contravenção penal, após sentença penal condenatória transitada em julgado por outra contravenção penal; ter praticado nova contravenção penal, após sentença penal condenatória transitada em

julgado por crime; e ter praticado novo crime, após sentença penal condenatória transitada em julgado, por outro crime;

A única hipótese em que não há que se falar em reincidência ocorre quando o agente comete novo crime, após sentença penal condenatória transitada em julgado por outra contravenção penal. Isto se dá por falta de previsão legal, pois quando o CP estatui a reincidência não faz remissão à contravenção anterior.

Diante do exposto, quando procuramos uma similitude entre os antecedentes e a reincidência, é fácil inferir que ambos estão em desfavor do réu, interferindo, inclusive, na concessão de benefícios legais. No entanto, se distinguem pelo fato de que os antecedentes são circunstâncias judiciais, utilizados pelo magistrado, em caráter residual, durante a aplicação da pena-base, sendo que a reincidência, tem natureza jurídica de circunstância agravante e, a seu turno, é efetivada na segunda fase de aplicação de pena.

Fator importante a ser examinado minuciosamente pelo magistrado é a cumulação dos dois institutos, que poderá ocorrer, mas desde que haja sentenças penais condenatórias distintas, sob pena de haver um *bis in idem*, o que é vedado no ordenamento jurídico brasileiro.

3.3.1 Prescrição quinquenal prevista no art. 64, inciso I, do Código Penal.

A eternidade, levada a efeito para se punir o ser humano, é incompatível com a transitoriedade da natureza humana, com a breve existência terrena de cada indivíduo.

Neste sentido, o princípio da humanidade das penas veda as que tenham finalidade de segregar no cárcere ou aquelas que se constituam em sanção por prolongado período de tempo, traduzindo-se, portanto, em penas de caráter perpétuo.

Existem inúmeros fatores que desaconselham tal tipo de punição, até mesmo porque primariamente faltaria, ao condenado, motivação para que pudesse cumprir a pena nos ditames da lei e um dia alcançar sua liberdade

novamente. Além do que a pena deve ter um viés socializador, pois que é instrumento de estigmatização natural do agente criminoso.

Então, foi estabelecido pelo legislador que, decorrido tempo superior ao permitido pela lei, o Estado não possa mais classificar a prática de novo crime como sendo reincidência.

Este lapso temporal é estabelecido pelo art. 64 do Código Penal, que reza:

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

Diferentemente dos antecedentes penais, os quais não se limitam no tempo por falta de uma norma expressa, a reincidência tem prazo certo para não mais produzir seus efeitos.

Assim, suas consequências são obstadas após 5 (cinco) anos, tornando o réu condenado primário novamente, porém, detentor de maus antecedentes, o que em caso de prática de novos delitos, estes inaptos a gerar reincidência, ocasionarão os ditos maus antecedentes.

4 EFEITOS DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Insta salientar, de plano, a relevância efetiva advinda dos antecedentes criminais, que se projetam negativa e permanente, vale dizer, perpetuamente na vida daqueles que ocupam ou já ocuparam o polo passivo de uma relação jurídico-criminal. Na primeira hipótese, o princípio da presunção de inocência² pode ser mitigado em virtude de casos bem peculiares, se o acusado possuir um cadastro criminal extenso. Lado outro, aquele que já enfrentou todo o *iter* de um devido processo legal, com todas as garantias processualmente previstas, e mesmo assim, recebeu uma sentença penal condenatória transitada em julgado encontra-se, agora, estigmatizado *ad eternum*, pois ao contrário do instituto da reincidência, que tem um lapso temporal de 5 (cinco) anos para não mais produzir efeitos negativos, os antecedentes não respeitam o disposto no art. 5º, inc. XLVII, “b” da CF, o qual proíbe penas de caráter perpétuo.

A relevância se traduz, inclusive, nos diversos estatutos que restringem direitos, ao se exigir do cidadão, em determinadas situações, a demonstração de ausência de histórico penal. É o que se deduz dos arestos colacionados abaixo, exarados pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais³ em sede de mandado de segurança, no que foram consideradas autoridades coatoras o Procurador Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, o Promotor de Justiça em Cooperação/Substituição na Comarca de Itapeverica/MG e o Comandante da Polícia Militar de Minas Gerais:

ADMINISTRATIVO - CURSO TÉCNICO EM SEGURANÇA PÚBLICA
- CARGO DE SOLDADO - POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS -
IDONEIDADE MORAL E SOCIAL - CERTIDÃO CRIMINAL
POSITIVA - MATRÍCULA – INDEFERIMENTO - POSSIBILIDADE -
SENTENÇA CONFIRMADA. Mantém-se a sentença que denega a

² Art. 5º, inciso LVII, da CRFB: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

³ http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?numeroCNJ=0447978&dvCNJ=22&anoCNJ=2010&origemCNJ=0000&tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt_processo=&dv=&complemento=&acorda oEmenta=ementa&palavrasConsulta=&tipoFiltro=and&orderByData=0&orgaoJulgador=&relator=&dataInicial=&dataFinal=19%2F09%2F2011&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&capcha_text=60492&pesquisar=Pesquisar

segurança por ausência de direito líquido e certo, se o candidato não demonstra o preenchimento de todas as exigências necessárias à matrícula no Curso Técnico em Segurança Pública da Polícia Militar, cargo de Soldado, dentre elas, ter idoneidade moral e social e não ter antecedentes criminais. O mandado de segurança é ação que não comporta dilação probatória. Recurso não provido. (TJMG - Ap. Civ. nº 1.0382.08.083913-9/001, julg. em 16/10/2008, rel. des. Kildare Carvalho).

MANDADO DE SEGURANÇA. VAGA DE ESTAGIÁRIO DE DIREITO. MINISTÉRIO PÚBLICO. CONCURSO. INEXISTÊNCIA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. EXIGÊNCIA CONSTANTE DO EDITAL. SEGURANÇA DENEGADA. Constando do Regulamento de Estágio do Ministério Público, devidamente ressalvado no Edital do Certame, a exigência de o candidato ao concurso para a vaga de estagiário não possuir antecedentes criminais, perfeitamente admissível é a exigência, dada a natureza das funções que serão exercidas pelo estagiário. (TJMG- MS. nº 0447978-22.2010.813.0000, julg. em 15/12/2010, rel. des. Antônio Sérvulo).

Assim, podemos encontrar em nosso ordenamento jurídico leis, tanto em sentido amplo como em sentido estrito, contêm, em seu bojo, requisitos atinentes à idoneidade moral, vinculando-a à inexistência de antecedentes criminais.

4.1 Fixação da pena-base

O legislador pátrio, ao estabelecer as regras de fixação de pena privativa de liberdade, adotou o sistema trifásico de aplicação de pena, nos termos do art. 68 do Código Penal, que estabelece:

Art. 68 A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

A ilação lógica da leitura do preceito legal é que a aplicação da pena se realiza em três etapas. Onde, na primeira, o juiz estabelece a pena-base,

apreciando, fundamentadamente, as circunstâncias judiciais, previstas nos artigo 59 do Código Penal, em número de oito, assim dispostas, no *caput* deste artigo:

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

Ultrapassado a primeira fase o magistrado procederá como descrito no art. 68 do CP, isto é, atentando para o disposto nos artigos 61 a 67 (atenuantes e agravantes) do mesmo diploma legal repressivo aqui analisado. Ato contínuo, consubstanciando o trabalho empreendido pelo magistrado tendente a adequar a pena ao caso concreto, na terceira etapa, vão incidir, no cálculo da sanção as causas de aumento e diminuição de pena.

Destarte, observa-se que, acaso o indivíduo ostente uma sentença penal condenatória transitada em julgado, que não seja apta a gerar reincidência e o mesmo volte a delinquir, será portador de maus antecedentes criminais, que irão produzir efeitos no momento de aplicação da pena-base, servindo para exasperá-la.

Os dispositivos legais transcritos acima, eles consagram princípios constitucionais de elevado interesse social, muito importante para os destinatários do preceito primário de toda norma penal incriminadora, quais sejam, o da dignidade da pessoa humana e, sobretudo, o da individualização da pena, prestigiando também o princípio da proporcionalidade, que encontra assento no princípio da dignidade, o qual foi erigido pelo constituinte como fundamento da República Federativa do Brasil. Tais normas otimizadoras do ordenamento jurídico vão dar concretude à isonomia material, ou melhor, tornarão possível o empenho judicial para modelar, caso a caso, a punição na conformidade da culpabilidade do agente, onde fatalmente se atingirá a aplicação de solução jurídica adequada que seja apta a sanar o desvalor da conduta danosa ao tecido social afetado.

4.2 Regime de cumprimento de pena

O Título VI, do Código Penal, no artigo 32, elenca as suas três espécies de pena existentes em nosso ordenamento jurídico, a saber: privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa. Da mesma forma, a Lei de Contravenções Penais também estabelece suas penas, no seu artigo 5º, como sendo penas principais: a prisão simples e a multa.

Uma vez fixada a pena privativa liberdade, se for o caso, que pode ser reclusão, detenção ou prisão simples, pelo sistema trifásico, conforme já destacado, cabe ao magistrado estabelecer o regime inicial que o condenado deverá cumprir a reprimenda corporal que lhe fora imposta, conforme previsão do art. 33 do Código Penal.

A reclusão deverá ser cumprida em regime fechado, semiaberto e aberto, sendo que a pena de detenção deverá ser cumprida em regime semiaberto e aberto. Já a prisão simples só poderá ser cumprida em regime semiaberto ou aberto, mas sem rigor penitenciário.

No regime fechado a execução da pena se dará em estabelecimento de segurança máxima ou média, no semiaberto em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar e no aberto em casa do albergado ou estabelecimento adequado.

Para se fixar qual será o regime inicial de cumprimento de pena, mais uma vez o juiz deverá levar em consideração os antecedentes criminais do condenado, haja vista que, além de ter que considerar o *quantum* de pena fixada e a reincidência, deverá analisar se as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal recomendam aquele regime, dentre elas os antecedentes criminais, consoante determina o art. 33, §2º, do mesmo estatuto repressivo.

Sobre o tema, afirma Greco (2011, p. 482):

[...] Assim, a escolha pelo julgador do regime inicial para o cumprimento da pena deverá ser uma conjugação da quantidade de pena aplica ao sentenciado com a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, principalmente no que diz respeito a última parte do referido artigo, que determina que a pena deverá ser necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Suponhamos que o agente tenha sido condenado ao cumprimento de uma pena de seis anos de reclusão. Se analisássemos somente as alíneas do § 2º do art.33 do Código Penal, teríamos que concluir que,

não sendo reincidente, o seu regime inicial seria o semi-aberto. Contudo, além da quantidade de pena aplicada e da primariedade, é preciso saber se as condições judiciais elencadas pelo art. 59 do Código Penal permitem que a pena seja cumprida sob essa modalidade de regime. Não sendo possível, o juiz deverá explicitar os motivos pelos quais está determinado ao sentenciado regime mais rigoroso do que aquele previsto para a quantidade de pena a ele aplicada.[...]

Acerca da consideração dos antecedentes criminais para se estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade, decidiu o STF⁴:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. MAUS ANTECEDENTES. FATO CRIMINOSO ANTERIOR. DISTINÇÃO COM REINCIDÊNCIA. DENEGAÇÃO. 1. A questão de direito versada nestes autos diz respeito à noção de maus antecedentes para fins de estabelecimento do regime prisional mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal. 2. Não há que confundir as noções de maus antecedentes com reincidência. Os maus antecedentes representam os fatos anteriores ao crime, relacionados ao estilo de vida do acusado e, para tanto, não é pressuposto a existência de condenação definitiva por tais fatos anteriores. A data da condenação é, pois, irrelevante para a configuração dos maus antecedentes criminais, diversamente do que se verifica em matéria de reincidência (CP, art. 63). 3. Levando em conta o disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve considerar os maus antecedentes criminais (CP, art. 59), não havendo qualquer ilegalidade ou abuso na sentença que impõe o regime fechado à luz da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao condenado, como é o caso dos maus antecedentes. 4. Habeas corpus denegado. (STF - HC 95585, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 11/11/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-07 PP-01593 RTJ VOL-00208-03 PP-01195 RJSP v. 56, n. 374, 2008, p. 163-170 RT v. 98, n.882, 2009, p. 523-529 RMDPPP v. 5, n. 27, 2009, p. 110-118 RMP n. 38, 2010, p. 225-232)

No Brasil existe a progressão de regime, isto é, o condenado pode avançar de um regime mais rigoroso para um mais brando se preenchidos os requisitos da lei, dentre eles, ter bom comportamento, não impossibilitando isto que, no decorrer da execução da pena, volte a um regime mais gravoso, caso pratique fato definido como crime, não pague a multa aplicada cumulativamente com a pena privativa de liberdade e se frustrar os fins da execução, nos termos dos artigos 112 e 118 da Lei n.º 7.210/84.

⁴<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+95585%2E+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+95585%2EACMS%2E%29&base=baseAcordao>>

4.3 Substituição por penas restritivas de direitos

Quando se trata de benefício no campo penal, para se desencorajar aqueles que, reiteradamente têm intenção de delinquir, o legislador usa como fórmula a imposição de requisitos para se alcançar a qualquer vantagem e com isso visa uma ressocialização baseada no comportamento do réu, o que implicitamente resulta na contemplação do princípio da individualização da pena.

É exatamente o que fez o legislador quando criou as penas restritivas de direitos, que são substitutivas à pena privativa de liberdade e consistem em prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana, consoante dicção do art. 43 do Código Penal.

Neste contexto, dita o artigo 44 do Código Penal os requisitos para que o apenado veja sua pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos, nos seguintes moldes:

Art.44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:
I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;
II – o réu não for reincidente em crime doloso;
III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente;
[...]

Desta maneira, vê-se que da redação do artigo 44, inciso III, o juiz novamente sopesará requisitos de avaliação subjetiva, ao reanalisar as circunstâncias que envolveram o delito, fundamentando em particular cada circunstância judicial, para que juntamente com as demais condições cumulativas possa fazer a substituição. E na hipótese de não conceder a benesse, possibilitar, através da motivação exposta na sentença, a

reapreciação da decisão em grau de recurso, conforme ordena o disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Destacamos novamente que os antecedentes criminais serão levados em consideração a fim de analisar a suficiência da pena restritiva de direitos para o caso concreto.

Para o instituto da substituição da pena, a reincidência não será considerada como óbice nos crimes culposos. E mesmo se houver, a recidiva nos termos determinados pelo artigo 44, do Código Penal o juiz poderá conceder a medida, em face de condenação anterior, desde que seja socialmente recomendável, porém, a nova prática delituosa não pode resultar de crimes idênticos.

Essa ação substitutiva é extremamente favorável à preservação dos interesses sociais, na medida em que se evitará uma desnecessária intimidade entre detentos condenados por diversos tipos de delitos, sendo importante instrumento no combate ao inevitável estigma originado com a convivência no cárcere.

É ainda fator prejudicial não só para o recluso, mas para toda a sociedade colocando-o no cárcere, já que terá o condenado contato com outros apenados mais experientes no ramo da delinquência, muitas vezes, ligados ao crime organizado, onde se vislumbra a possibilidade de uma vida de riqueza e poder, mesmo que isso se dê à margem do poder constituído e o que os meios de comunicação denominam poder paralelo.

Contudo, face ao caos social que se encontra presente nos tempos contemporâneos, onde bens relevantíssimos juridicamente tutelados são comumente atacados e perdidos, o julgador ao verificar a recidiva e valorar as circunstâncias judiciais em apreço, bem como demais requisitos inerentes ao caso, não poderá ser excessivamente benevolente sob o pálio de não se misturar delinquentes de diversos tipos.

4.4 Benefício da suspensão condicional da pena

Foi estabelecido no Brasil um outro benefício a fim de evitar o aprisionamento daqueles que foram condenados a penas de curta duração, evitando o convívio no ambiente promíscuo e estigmatizante do cárcere.

Trata-se da suspensão condicional da pena ou também denominado de *sursis* penal, aplicado quando não foi possível a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, sendo proporcionado ao condenado mais uma chance de não ser encarcerado, mas, da mesma forma que o artigo 44 do Código Penal, o instituto da suspensão condicional da pena, estampado no artigo 77, do mesmo estatuto repressivo, traz requisitos objetivos e subjetivos a serem preenchidos pelo condenado.

Dentre os requisitos exigidos pelo art. 77,§1º, do Código Penal, destacamos mais uma vez a análise dos antecedentes criminais, que devem ser favoráveis, haja vista que este status traz a presunção de que o condenado não voltará a delinquir, estando apto para o benefício.

Assim, concedido referido benefício, a execução da pena ficará suspensa, por um prazo, estabelecido na lei penal, o que é denominado pela doutrina por período de prova, porém, a pena aplicada não pode ser superior a dois anos. Assim, o prazo de suspensão pode variar de acordo com o tipo de *sursis*, por exemplo, no *sursis* simples o período de prova é de dois a quatro anos; no *sursis* etário ou no humanitário, a pena aplicada pode ser até quatro anos, e a suspensão da pena pode se dar de quatro a seis anos.

Deste jeito, o *sursis* penal também vai exigir do julgador a análise, além dos requisitos expostos acima, o enfoque também nas circunstâncias judiciais e a na reincidência em crime doloso, o que será ponderado no caso concreto pelo magistrado para concessão do benefício, sendo que condenação anterior à pena de multa não impede a concessão.

Durante o prazo da suspensão da pena, o *sursis* poderá ser revogado de forma obrigatória ou facultativa, nos termos do artigo 81 do CP.

Então, o condenado estará sujeito ao cumprimento de condições impostas pelo juiz, sendo que estas poderão ser agravadas, caso o condenado não repare o dano, salvo a impossibilidade de fazê-lo, ou ainda as circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, forem inteiramente desfavoráveis. De tal forma, que o juiz levará em consideração as condições adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado e, após a concessão do

benefício sem que seja revogado, ocorrerá a extinção da pena privativa de liberdade.

4.5 Execução da reprimenda imposta

A execução da pena no Brasil se faz nos moldes da Lei de Execução Penal – LEP (Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984). Já no artigo 1º esta expressa a finalidade da pena, qual seja, a reintegração harmônica do condenado ao meio social.

Com isso, percebemos a presença da teoria denominada pela doutrina como relativa, que fala que o objetivo da pena é a prevenção de futuros delitos. E nos ditames do referido artigo, há a verificação da prevenção especial positiva, isto é, da ressocialização do egresso do sistema penal.

Para isso, existe no mesmo diploma, a classificação do condenado por uma equipe multidisciplinar, que o avaliará, e dentre outros aspectos, vai apreciar os antecedentes e a personalidade do apenado, com vistas a individualizar a pena imposta a cada tipo de delito, nos termos do art. 5.º da Lei n.º 7210/84.

Destarte, notamos que mais uma vez os antecedentes criminais irão influenciar a individualização da pena no momento da sua execução.

Neste sentido, quando se tratar de pena privativa de liberdade, com regime fechado, o condenado será submetido a exame criminológico. Porém, se o regime for semiaberto, o citado exame poderá ser realizado também, sendo feito através de diligências necessárias.

Após essa fase cumpre ao juízo da execução acompanhar a evolução do condenado durante o cumprimento da pena, para concessão de benefícios ou para revogação dos mesmos, tendo contato permanente com as condições pessoais do condenado, sua personalidade e seus antecedentes, como se deduz do artigo 65 da LEP.

Assim, é mister, para ingresso e saída do condenado do sistema prisional, a obediência a certas formalidades. E uma das formas que estas se revestem é a guia de recolhimento, extraída pelo escrivão e assinada pelo juiz,

a qual será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução, tudo nos termos do artigo 105 e seguintes da LEP.

Noutra ponta, a saída se processa conforme o artigo 109 deste diploma, ao prescrever que o condenado ganhará novamente a liberdade, após cumprida ou extinta pena, declarada pelo juiz e caso não esteja preso por outro motivo.

Dos artigos analisados na LEP, não é outra a conclusão senão a preocupação incessante com a busca da individualização da pena, constituindo fator de grande relevância os antecedentes penais associados a outras características do condenado, formando o conjunto sobre as quais incidirão a execução da pena, que ao final desta deve se atingir a reinserção ou mesmo a inserção social do apenado.

4.6 Progressão de regime de cumprimento de pena e livramento condicional

A Lei de Execuções Penais (LEP) dispõe em seu artigo 112 que a pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva, a depender do bom comportamento do condenado, comprovado por intermédio do diretor do estabelecimento prisional, ao se cumprir um sexto da pena aplicada.

Aduz também que o mesmo procedimento será utilizado no livramento condicional, no indulto e na comutação de penas, respeitados os prazos previstos na legislação vigente.

Assim, o condenado que por motivo da quantidade de pena aplicada, do elemento anímico do delito, bem como das circunstâncias presentes no momento da infração penal, não obteve a substituição por restritiva de direitos e nem suspensão condicional da pena pode ser recompensado com o livramento condicional.

O livramento condicional, nos dizeres de Nucci (2010, p. 506) constitui:

Uma medida de política criminal, destinada a permitir a redução do tempo de prisão com a concessão antecipada e provisória da liberdade do condenado, quando é cumprida pena privativa de

liberdade, mediante o preenchimento de determinados requisitos e a aceitação de certas condições.

À vista disso, o livramento condicional previsto para pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos, é tratado no artigo 83 do Código Penal, onde faz diferenciação nos seus incisos para concessão do benefício, baseada no tempo mínimo de pena já cumprida, na reincidência, nos antecedentes e da mesma forma quando se trata de crime hediondo ou equiparado a este.

Assim, no inciso I, do artigo 83 do CP, o condenado deve cumprir mais de um terço da pena se não for reincidente em crime doloso e ser portador de bons antecedentes.

Diante disto, infere-se que a recidiva em crime culposos não impede o benefício, da mesma forma, se primário, cumprido o lapso temporal exigido associado aos bons antecedentes. Mas há controvérsia no caso de primário, porém, com maus antecedentes se persistirá ou não a fração de pena, se continua a ser de um terço ou muda para metade da pena, conforme previsto no inciso II do artigo citado acima.

4.7 Medidas despenalizadoras da transação penal e da suspensão condicional do processo

No âmbito da Lei n.º 9.099, que instituiu os Juizados Especiais, previu o legislador medidas despenalizadoras como a transação penal (art. 76) e a suspensão condicional do processo (art. 89).

A transação penal, insculpida no artigo 76 da Lei n.º 9.099/95, possibilita a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, antes do oferecimento da denúncia, rompendo com o sistema tradicional do *nullapoenasine iudicio* e permite a aplicação da pena sem a prévia discussão da questão da culpabilidade. Ao aceitar a proposta do *Parquet*, o autor do fato não está reconhecendo a culpa na esfera penal, não implicando, também, na responsabilidade civil.

Um dos requisitos para fazer jus à transação penal consiste no fato de autor da infração penal não ter sido condenado, pela prática de crime à pena

privativa de liberdade, por sentença transitada em julgado, conforme previsão do art. 76,§2º, inciso I, da Lei n.º 9.099/95. Também os antecedentes criminais devem indicar ser recomendável a adoção da medida despenalizadora, nos moldes estabelecidos pelo art. 76,§2º, inciso III, da mesma lei.

Assim, observa-se que novamente os antecedentes criminais irão produzir efeitos para fins de aplicação deste benefício legal.

No artigo 89 da citada lei está prevista a suspensão condicional do processo, que lembra o sistema de *probation* anglo-saxônico(onde é a sentença condenatória que é suspensa), diferindo-se, entretanto, porque no *sursis* processual o que se suspende é o próprio processo. Assim, nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes, ainda, os requisitos do artigo 77 do Código Penal.⁵ O processo fica paralisado e, cumpridas todas as condições acordadas durante o período de prova, haverá a extinção da punibilidade, não existindo para o réu qualquer registro do fato, como se ele não tivesse ocorrido.

Logo, denota-se que se o agente for portador de maus antecedentes criminais, o mesmo não poderá ser contemplado pela suspensão condicional do processo, posto que esta medida é vedada para aqueles que tenham sido condenados pela prática de outro crime.

Assim, nos institutos em tela não se tem oportunidade de formar a culpa do autor, por parte de seus acusadores, em um devido processo legal e também para que o autor do delito pudesse exercer o contraditório e ampla defesa, sendo que ao aceitar a transação ou *sursis* processual, oferecidos pelo Ministério público, não assumiu ser culpado implicitamente.

Desta forma, não pode esses procedimentos, gerar maus antecedentes, pois haveria afronta mortal ao princípio da presunção de inocência.

⁵Os requisitos do artigo 77 do Código Penal, que mencionamos, significam que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do acusado, bem como os motivos e as circunstâncias devem recomendar a concessão do benefício da suspensão condicional do processo a ele.

Em relação à transação penal, o próprio legislador foi taxativo nesse sentido, consoante previsão do art. 76,§6º, da Lei n.º 9099/95, ao estabelecer que referido acordo de imposição de pena não privativa de liberdade não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para impedir o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

No que tange à suspensão condicional do processo, no mesmo sentido está a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

APELAÇÃO CRIMINAL - RECEPÇÃO CULPOSA - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - AFASTAR PRESCRIÇÃO RETROATIVA - SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - REVOGAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - INSTAURAÇÃO DE NOVA AÇÃO PENAL NÃO É SUFICIENTE PARA AFASTAR O BENEFÍCIO CONCEDIDO À RÉ - GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - ANULAR DE OFÍCIO O PROCESSO. Se não tiver transcorrido o prazo prescricional previsto para a pena aplicada, observando-se as causas interruptivas, não há que se falar em extinção da punibilidade. Perfilho o posicionamento de que outros processos em andamento contra o réu são insuficientes para cancelar a suspensão condicional do processo e determinar o prosseguimento do feito, ou seja, da instrução criminal. Tenho que a exigência imposta no requisito objetivo de não estar o réu sendo processado por outro crime, indubitavelmente, fere o princípio da não culpabilidade e a garantia constitucional da presunção de inocência, visto que ação penal sem condenação transitada em julgado não gera maus antecedentes e nem pode impedir a concessão de qualquer benefício ao réu. (TJMG - Número do processo: 1.0433.04.124572-4/001(1), Rel. Des. FERNANDO STARLING, julgado em 15-1-2008).

5 ANTECEDENTES CRIMINAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em um Estado Constitucional de Direito, a garantia assegurada pelo Direito Penal e Processual Penal se dirige ao cidadão que se vê as voltas com a possível perda de liberdade ou parcela da mesma, frente ao poder estatal de restringi-la. Estes pontos opostos, isto é, de um lado o cidadão que se defende para não ver restritos seus direitos; noutra giro, o Estado tem o poder-dever de aplicar a punição adequada àquele que violou preceito incriminador do Direito Penal Objetivo.

É neste contexto que Ferrajoli (2002 *apud* Greco, 2011, p 10) desenvolve seu modelo penal garantista, baseado primariamente no princípio da supremacia constitucional, onde normas que são hierarquicamente inferiores, as quais buscam sua fonte de validade na Lei Maior, não podem contrariá-la e ofender direitos fundamentais, pois a reprimenda consiste na sua extirpação do mundo jurídico.

Tal modelo está constituído de dez axiomas, em que as proposições evidentes são divididas da seguinte forma: três estão ligadas à pena; três associadas ao fato; e por fim, quatro se concentram no processo, a saber:

A teoria garantista penal, desenvolvida por Ferrajoli, tem sua base fincada em dez axiomas, ou seja, em dez máximas que dão suporte a todo o seu raciocínio. São eles:

- 1) *Nullapoenasine crimine;*
- 2) *Nullumcrimensine lege;*
- 3) *Nullalex (poenalis) sinenecessitate;*
- 4) *Nullanecessitassine injuria;*
- 5) *Nulla injuria sineactione;*
- 6) *Nullaactiosine culpa;*
- 7) *Nulla culpa sine judicio*
- 8) *Nullum judiciumsineaccusatione;*
- 9) *Nullaaccusatiosineprobatione;*
- 10) *Nullaprobatioinedefensione.*

Por intermédio do primeiro brocardo – *nullapoenasine crimine* – entende-se que somente será possível a aplicação de pena quando houver, efetivamente, a prática de determinada infração penal, que, a seu turno, também deverá estar expressamente prevista na lei penal – *nullumcrimensine lege*. A lei penal somente poderá proibir ou impor comportamentos, sob ameaça de sanção, se houver absoluta necessidade de proteger determinados bens, tido como fundamentais ao nosso convívio em sociedade, em atenção ao chamado direito penal mínimo – *nullalex (poenalis) sinenecessitate*. As condutas tipificadas pela lei penal devem, obrigatoriamente, ultrapassar a pessoa do agente, isto é, não poderão se restringir à sua esfera

peçoal, à sua intimidade, ou ao seu particular modo de ser, somente havendo possibilidade de proibição de comportamentos quando estes vierem a atingir bens de terceiros – *nulla necessitas sine injuria* -, exteriorizados mediante uma ação – *nulla injuria sine actione* -, sendo que, ainda, somente as ações culpáveis poderão ser reprovadas – *nulla actiosine culpa*.

Os demais brocardos garantistas erigidos por Ferrajoli apontam para a necessidade de adoção de um sistema nitidamente acusatório, com a presença de um juiz imparcial e competente para o julgamento da causa – *nulla culpa sine iudicio* – que não se confunda com o órgão de acusação – *nullum iudicio sine accusatione*. Fica, ainda, a cargo deste último o ônus probatório, que não poderá ser transferido para o acusado da prática de determinada infração penal – *nulla accusatio sine probatione* -, devendo ser-lhe assegurada a ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes – *nulla probatio sine defensione*. (FERRAJOLI, 2002 *apud* GRECO, 2011, p. 10).

Diante disto, temos que a consideração dos efeitos dos antecedentes penais para impor restrições indefinidamente no tempo ofende a Constituição Federal e seus princípios, conforme exposição acima à importância deles, isso no sentido de termos um ordenamento justo e harmônico.

Assim, passamos a examinar princípios constitucionais pertinentes aos antecedentes, onde não poderá faltar alusão, dentre outros, aos princípios da inocência, da limitação das penas e da dignidade da pessoa humana.

5.1 Princípio da presunção de não-culpabilidade

O princípio da presunção de não-culpabilidade ou da presunção de inocência está previsto expressamente na Constituição Federal, dentro do rol dos direitos e garantias fundamentais, com a seguinte redação: “Art. 5º [...] LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

Assim, até que haja uma decisão condenatória definitiva, aquele que cometeu uma infração penal tem o direito de ser tratado como se culpado não fosse.

O princípio sob análise pode ser relativizado, em situações especiais, e nos moldes permitidos constitucionalmente, nas hipóteses de prisão

provisória, sem que esta se torna ilegal, desde de devidamente justificada nos moldes estabelecidos pelo Código de Processo Penal.

Neste sentido Rubianes (1976 *apud* Pacheco, 2006, p. 10) assevera:

a) a restrição à liberdade do acusado antes de sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, segundo a lei (portanto, deve haver o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*); b) o réu não tem o dever de provar a sua inocência; cabe ao acusador comprovar sua culpa; c) para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que ele é responsável pelo delito, bastando para sua absolvição, a dúvida a respeito de sua culpa (*in dubio pro reo*). Contudo, não impede a prisão provisória (preventiva, temporária, flagrante delito), nem outros atos coercitivos (busca e apreensão, exame de sanidade mental etc.).

Com isso em um Estado Democrático de Direito, apto a resguardar a dignidade do ser humano, não é possível considerar, de plano, que o acusado de prática criminosa seja responsabilizado sem o devido processo legal, para se apurar a verdadeira autoria e materialidade da infração penal, que ficarão a cargo do acusador.

Isto ocorrendo, no intuito de possibilitar a aplicação do *ius puniendi* estatal, tal processo deve utilizar-se da ampla defesa e do contraditório, sendo extremamente importante que a acusação prove efetivamente a culpa de alguém pela prática de uma infração penal.

Desta maneira, um Direito Penal garantista e um sistema nitidamente acusatório, não torna possível entrever máculas penais presumidamente existentes, deixando que se antecipem efeitos penais principais, secundários e até extrapenais, que só virão com uma sentença penal condenatória transitada em julgado, aplicada após exaustivo debate tendente a provar, e sem sobrar resquícios de dúvidas, a responsabilidade criminal de alguém.

Então, na ocorrência de um crime, o qual se configura na oportunidade em que estarão presentes todos os elementos que transformam uma ação em um delito, isto é, o fato típico, ilícito e culpável, o legislador estabelece as normas penais obedecendo ao princípio da legalidade e da mesma forma, destaca seus preceitos primário e secundário, sendo que estes têm destinatários certos, onde o primeiro preceito é dirigido a todos os que venham a transgredir norma penal; já o segundo, é encaminhado ao magistrado para que, nos termos do art. 68, combinado com o art. 59, ambos do Código Penal,

possa se aplicar pena ao infrator e, assim, para ser reconhecido como autêntico o emprego do *sanctio iuris* de um tipo penal incriminador, estando dotado de toda eficácia que lhe inerente, mister se faz cumprir a norma jurídica estatuída no artigo 5º, LVII da CF/88, pois que, a punição e seus espectros só são legitimados após a conclusão do processo penal, com todas as garantias a ele asseguradas.

5.2 Princípio da individualização da pena

Até mesmo, por questão de justiça individual e social, deve-se distinguir a pena apropriada para cada infrator, bem como para cada delito cometido, seguindo uma proporcionalidade, tendente a estabelecer igual medida para punição, fundada no mesmo grau em que for atacado o bem juridicamente tutelado pela norma penal.

Assim, na Constituição Federal encontramos o fundamento do princípio da individualização da pena no art. 5º, XLVI, relacionando as penas permitidas no ordenamento jurídico brasileiro, dentre elas as privativas ou restritivas de direitos. Não só este inciso traz comando jurídico para particularização da pena, sendo que produz também estes efeitos o inciso XLVIII – que trata do cumprimento de pena, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; e o inciso L – o qual cuida do período de amamentação no caso das presidiárias.

Neste sentido, a distinção da reprimenda que se amoldará a cada caso concreto, não podendo esquecer as normas constantes da parte geral e especial do Código Penal, bem como as leis extravagantes, que também trazem em seu corpo algum tipo criminal, porque direta ou indiretamente busca-se especificar uma sanção eleita pelos representantes do povo, e isso ocorre, a exemplo, das variadas formas de tipos penais, os quais objetivam uma adequação típica de subordinação direta, ou mesmo mediata.

Tudo isso ocorre no propósito de dar a cada um a exata avaliação e aplicação de preceito punitivo, para que se atinja o fim colimado, não só no

pelo estatuto repressivo, mas pelo que se busca, ao longo dos tempos, por toda a sociedade humana.

A fórmula para efetivação de todas essas garantias não é desconhecida. Assim, existem preceitos em quantidade e qualidade para correta e justa aplicação do direito, por meio de lei, para se alcançar a justiça, sendo que a realização não é imediata, mas podem ser implementadas por intermédio de medidas preventivas com o fito de evitar condutas socialmente desvaloradas, as quais constituem infrações penais, diante daqueles casos em que o bem tutelado sabidamente correrá risco de lesão e já se conhecem as consequências do dano.

Em contrapartida, subsiste a retribuição, pois que não pode ficar impune a pessoa que incidiu em erro greve, porém, a recompensa negativa que deverá receber o infrator deve ser permitida pela soberania popular e estar dentro de limites por ela estabelecida, sem os quais a repreensão se tornaria vingança privada ou coletiva, na eventualidade de dano ao bem jurídico.

Há milênios, os pensadores propunham como padrão, para as relações humanas, as dimensões sensitivas das pessoas, sem o que não era coerente se exigir o inexigível, ir além da capacidade da espécie humana, pois que, se assim agirmos, estamos desvinculados da realidade terrena. E, desta forma, propensos a editar normas não fundadas no direito e na razão, sendo que, essas regras são imprestáveis para individualizar a pena e disciplinar a convivência entre os cidadãos, e para manter o estado de agregação social que toda comunidade necessita para evolução destinada pelo Criador.

Juntamente com a coesão da sociedade, o homem precisa de regulamentação para facilitar e garantir sua promoção integral e integrada na sociedade, isto é, integral no sentido de desenvolver todo seu potencial criativo, num estado de harmonia com os demais membros do corpo social, ocorrendo assim a integração sem distinção de qualquer natureza. Consoante a isto, na, História da Filosofia, organizada por Bernadete Siqueira Abrão está a celebre frase de Protágoras (c. 485-410 a. C.):

“o homem é a medida de todas as coisas”... ...”das que são enquanto são, e das que não são enquanto não são”. A afirmação de Protágoras (c. 485-410 a. C.), considerado o primeiro sofista, significa que o mundo é aquilo que o homem faz e desfaz pelo intermédio dos sentidos. E, caso não haja um princípio único, o ser humano não

pode conhecê-lo. Essa concepção, que separa a ordem das coisas naturais e a dos homens, abre a possibilidade de formulação de ideias não só sobre o conhecimento como também sobre a política e a moral. Uma vez que a medida de todas as coisas é o homem, seu conhecimento está limitado pelos sentidos, que mudam de um para outro (o que é doce para alguns, por exemplo, pode ser amargo para os demais). Assim se existe algum acordo entre os homens, não resulta do conhecimento de uma suposta verdade absoluta, mas de simples convenção. (Coleção os pensadores: Os sofistas e a relativização verdade, 2004, p.38)

Neste compasso, sendo o homem dotado de limites que devem ser respeitados por qualquer sistema jurídico-penal, cada delinquente deve ter a punição amoldada ao seu caso concreto, pois que não é correto colocarmos no mesmo patamar aquilo que não é igual, pois o que sobraria em um faltaria em outro, seria instrumento de desestabilização da comunidade, isso devido ao senso de justiça que é presente em todas as pessoas, mesmo naquelas consideradas delinquentes.

Assim, para criarmos normas que atendam a todos os casos em particular devemos separar a realidade que nos rodeia em mundos distintos, desta forma, na obra citada acima já se separava o mundo do ser, e o mundo do dever ser. Sendo que este se realiza pela cultura humana em prol de uma estada mais organizada e cômoda durante a nossa existência, porém, aquele é o mundo dos acontecimentos implacáveis, em virtude de que presente alguma causa não existe possibilidade de se afastar a consequência.

Destarte, o direito e, conseqüentemente, a aplicação de pena está no mundo da cultura, no mundo das realizações humanas, no mundo do dever ser, em que nem sempre o maximalismo penal gerará o que esperam os criadores e aplicadores do direito. Logo, uma pena aplicada na justa medida poderá conscientizar seu destinatário a não reincidir, porque compreenderá que a resposta estatal não foi nem mais nem menos que o mal que provocou e acabar por compreender que o valor resguardado pela norma também lhe é caro, podendo até não ser no instante do delito, mas que num futuro distante ou próximo será.

5.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal estabelece como fundamento de nossa República a dignidade da pessoa humana⁶, a qual deverá ser plenamente observada pelo Estado Democrático de Direito em que o Brasil se constitui.

Assim, o mínimo existencial, que deve ser assegurado a todo indivíduo, consiste na preservação das dimensões humanas em todas as suas vertentes, no necessário para uma vida honrada.

Considera-se para tanto o tratamento igualitário que deve ser dispensado aos membros da sociedade, em caráter geral, assegurando efetivamente a aplicação deste princípio em qualquer ramo social e indistintamente a todos, pois que só desta forma, os ocupantes dos Poderes serão forçados a respeitarem os limites humanos, porque estes, implicitamente, lhes serão contemplados nas mesmas proporções.

Assim, as estruturas, não só dos direitos e garantias fundamentais, mas dos direitos humanos e direitos humanitários atentam para as camadas ônticas constituintes da pessoa humana, onde nesta espécie as porções, material e imaterial do gênero humano, são dispostas disformemente, mas num sistema de completude, em que a harmonia deste conjunto é essencial para uma vida sem sobressaltos, e isto, traduz-se na organização equilibrada dos interesses das partes que compõem a comunidade em que vivemos em uma ordem crescente, primeiramente nas relações interindividuais, após nas intrassociais e interssociais. Por fim, no relacionamento suprassocial.

Assim, separando a limitação do potencial congênito ou artificialmente adquirido de cada indivíduo, frente às diversidades existentes, notamos que é possível decompor a pessoa humana em seus elementos formadores, então,

⁶Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

percebemos claramente quatro categorias: a parte física, a biológica, mental e a espiritual. É o que também compreendemos na classificação dos direitos humanos estipulados por Droga⁷:

Segundo Nicolai Hartmann, o homem se acha "construído" pela superposição de diversas camadas ônticas. É fácil verificar que por um lado pertence ele à esfera das coisas físicas, da natureza bruta. Por outro anota-se-lhe o elemento orgânico, pelo qual se acha ligado à natureza viva, algo essencialmente distinto da matéria, mas desta dependente, uma vez que o orgânico contém o inorgânico sobre que se assenta. Em seguida descobrimos-lhe a camada do ser psíquico, que à vista da novidade da consciência faz-se diferente do mero organismo. E por último levanta-se, sobre o reino da "alma", a esfera do espírito - mundo do conhecimento, das ciências, da vontade como exercício de idéias, mundo dos valores, do Direito, da religião e das artes, impossível de ser reduzido às páginas da Psicologia. O psíquico é algo individual, subjetivo e intransferível. O espírito não pertence a nenhum determinado sujeito, é algo objetivo em que todos comungam, em que os indivíduos não possuem uma existência *a se*, mas uma existência de participação geral num acervo de idéias e objetivos intencionais comuns. É um domínio que se eleva acima do nível dos meros fenômenos psíquicos, ainda que nele prevaleça também a lei de dependência subjacente porque o espírito não paira no ar, nós o conhecemos conduzido aos ombros pelo psíquico, como este o é pelo orgânico e este último pela matéria bruta". O homem se apresenta, então, como um ser material, biológico e psíquico. Ninguém pode deformar fisicamente o espírito, mas pode fazê-lo à camada inorgânica do homem, à sua forma material, mediante a tortura e maus tratos. Qualquer agressão a qualquer uma das camadas que compõe o ser importa numa lesão à dignidade humana. (HARTMANN, 1949 *apud* DROGA, 2004).

Desta forma, a respeitabilidade que merece toda pessoa humana, é origem de diversos princípios que buscam o compromisso de manter a menor porção suficiente para que o indivíduo se sinta considerado publicamente e, conseqüentemente, se ter em boa conta consigo.

Neste sentido, a doutrina aduz que os direitos e garantias fundamentais gravitam em torno da dignidade da pessoa humana, isso em virtude de abrigarem valores que evitam danos irreparáveis, a exemplo, aqueles ocasionados a pessoas do mundo inteiro, os quais ocorreram em épocas não muito remotas.

Assim, nas palavras de Silva (2011, p. 105), o alicerce principal do ordenamento constitucional não se localiza apenas no artigo 5º, da Constituição Federal, mas se espalha por todo o texto da *Lex Fundamental*,

⁷<<http://www.advogado.adv.br/artigos/2003/romualdoflaviodroga/direitoshumanosbrasil.htm>>

por se tratar de princípio com conteúdo denso, apto a abarcar as variadas gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. Registramos:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana”. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos a existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana. (SILVA, 2011, p. 105).

5.3.1 A quitação do débito social e a estigmatização criminal

A justificativa do direito de punir do Estado (*ius puniendi*), apto a explicar sua ingerência nas liberdades do cidadão, de forma até mesmo agressiva, aplicando penas corporais e, atualmente, dentro dos limites constitucionais, tem origem antiga, baseando-se no depósito de liberdades nas palavras de Beccaria, pois antes do estado de agregação social que vivemos, o homem vivia em estado de natureza, com medo do próprio homem, fator que proporcionou a formação da sociedade, com a necessidade de se estabelecer regramento social por meio de diversas espécies normativas. Esclarece o renomado autor (2004, p.26):

Por conseguinte, só a necessidade constringe os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do resto. O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo. As penas que ultrapassam a necessidade de

conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos.

Desta forma, diz a doutrina que o direito é um produto necessariamente social, porque o homem segregado numa ilha não necessita de regras jurídicas. Também aduz Diniz (2004, p. 332) que: “a ideia de homem é uma ideia de comunidade: *unus homo, nullus homo*”. A sua existência só é possível dentro do contexto convivencial, onde vive e age em contato com outros indivíduos. O homem vive na sociedade e em sociedades.

Neste contexto, o indivíduo abdica de uma pequena parte de sua liberdade em favor do mencionado depósito, sob a guarda do ente estatal, para poder desfrutar do restante sem ser molestado por outras pessoas, como ocorria antes do pacto social.

Daí em diante, para não sofrer uma reprimenda por parte do Estado, que passa a ter o monopólio da jurisdição penal, o cidadão deve respeitar os preceitos penais, sob pena, de não o fazendo, ver sua liberdade restringida de variadas formas.

Assim, a pessoa só é livre na medida em que não se desrespeitam dispositivos legais impostos, isto é, a lei em sentido amplo. Para aquele que é indisciplinado, o ordenamento jurídico reserva sanções de diversas maneiras, dependendo do ramo jurídico o qual ocorreu a infração.

Então, a partir do momento, no campo penal, que a lei é anterior ao delito, é norma escrita, define de forma inequívoca a conduta considerada criminosa e seja interpretada restritivamente, porém, não impedindo que se faça exegese mais benéfica em prol do acusado, nos moldes do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal⁸, onde se permite o retrocesso da norma penal mais benéfica.

Cumpridos todos estes requisitos, em obediência ao princípio da legalidade, base de um Estado Democrático de Direito, se o cidadão praticar infração penal, surge o poder-dever de punir do Estado.

Assim, existe aqui um débito social, imputado ao agente criminoso, o qual deverá ser totalmente satisfeito para manter a paz social.

⁸ XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

Quanto à execução pontual da reprimenda penal, deve-se buscar um meio que se depure o delinquente de todo o mal causado, sem o que teríamos outra classe de cidadão na sociedade, um egresso do sistema prisional que conserva diversas máculas, que o torna menos cidadão que os demais não processados e condenados na seara criminal.

Cumpre-nos destacar neste particular que a dívida penal não é passível de ser quitada em sua totalidade, após o cumprimento da pena devidamente aplicada e cabalmente cumprida pelo apenado, porque sempre deixa nódoas, resquícios dos efeitos penais principais, e, assim, atravanca o exercício de qualquer profissão por parte do ex-condenado, em manifesto ataque aos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Em decorrência do débito social que nunca se solve totalmente, existem doutrinas que estudam o fenômeno da estigmatização criminal, a exemplo, do que ocorre na teoria do etiquetamento, aqui analisada sobre os antecedentes criminais, onde as marcas jurídicas são estampadas nos direitos da personalidade, pois as realidades de egressos dos sistemas penais, na maioria das vezes, traduzem-se em rotulações, na medida em que carregam marcas na reputação originadas da punição, que proporcionam discriminação negativa.

Assim, o ex-apanado está entregue à própria sorte depois de efetivar as disposições de uma sentença criminal, isto é, após cumprir pena imposta por autoridade judiciária competente, nos termos da lei penal.

Como corolário disto, pode-se adivinhar qual seria a postura de um empregador, pessoa natural ou jurídica, que tendo, às portas de seu estabelecimento, a figura de um ex-detento, que busca conseguir o cargo vago anunciado, nos meios de comunicação, pelo empresário individual ou pela seção de recursos humanos da sociedade empresária.

Os termos referentes à personalidade, já citados, reclamam, para melhor entendimento das marcas deixadas pela imposição de uma pena, elucidação doutrinária e legal, isso com intuito de se determinar a real extensão dos antecedentes criminais.

Então, torna-se necessário trazer à lume as palavras célebres de Diniz (2004, p. 508) mostrando que “Liga-se à pessoa a ideia de personalidade, que

exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações”. Contudo, a autora complementa o conceito aduzindo que:

Como pontifica Goffredo Telles Jr., a personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. O direito objetivo autoriza a pessoa a defender sua personalidade, de forma que, segundo esse autor, os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, identidade, liberdade, sociabilidade, reputação, honra, autoria etc. por outras palavras, os direitos da personalidade são aqueles comuns da existência, porque simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa de defender um bem que a natureza lhe deu. Os direitos da personalidade são absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inapropriáveis. (TELLES JR., 2001 *apud* DINIZ, 2004, p. 509-510).

Assim, encontramos na norma positivada, o fundamento legal contido na citação, sob a denominação de direito objetivo, inscrito no Código Civil Brasileiro, nos artigos 11 e 12. Estes preceitos legitimam o cidadão a defender aquilo que é considerado pelos jusnaturalistas, definidos como aqueles que dizem que direitos naturais são de todos independente de positivação, sendo a norma que concede mera declaração de tais direitos.

Ocorre atualmente que a doutrina penal analisa juntamente com os princípios básicos e elementares da ciência jurídica, dentro da designação de enfoques criminológicos, a teoria do etiquetamento, também denominada *labeling approach*, em que os ensinamentos destes institutos são aqui elucidados por Greco (2010, p. 31), que afirma: “Embora não se possa atribuir uma definição única ao termo criminologia, podemos defini-la como um ciência interdisciplinária que tem como objeto o estudo do comportamento delitivo e a reação social”. E continua em suas apreciações sobre condutas desviadas, indicando que tal teoria tem origem na obra de Emile Durkheim, que fez referência aos processos de construção da delinquência e normalidade dela. Sendo a criação dos desvios produto dos grupos sociais, onde poderiam dividir-se em primários e secundários. Vejamos:

O desvio primário corresponde à primeira ação delitiva de um sujeito, que pode ter como finalidade resolver alguma necessidade, por exemplo, econômica, ou produzir-se para acomodar sua conduta às expectativas de determinado grupo subcultural. O desvio secundário se refere à repetição dos atos delitivos especialmente a partir da associação forçada do indivíduo com outros sujeitos delinquentes. O processo de etiquetamento induz que, a partir do momento em que o

sujeito delinque, a sociedade já passa a estigmatizá-lo com *delinquente*. Aquele que praticou o delito já começa a ser reconhecido por ele próprio como marginal. Uma vez adquirido o *status* de desviado ou delinquente, é muito difícil modifica-lo por duas razões: Pela dificuldade da comunidade aceitar novamente o indivíduo etiquetado; porque a experiência de ser considerado delinquente, e a publicidade que isso comporta, culminam em um processo no qual o próprio sujeito se concebe como tal. (GRECO, 2010, p. 44).

Portanto, a teoria do etiquetamento tem relação direta com antecedentes criminais, onde não só o corpo social vê a mancha na reputação do indivíduo, mas também ele próprio. Mácula resultante de uma condenação criminal ou de qualquer situação nesta seara, que torna alguém como portador de maus antecedentes.

Assim, o estigmatizado passa a protagonizar o papel social que os outros vêm nele. E isso advém de um comportamento natural derivado do intersubjetivismo, em que a ação de cada membro da sociedade referente ao egresso do sistema penal, segregando-o cada vez mais do seio social, determina na mesma proporção sua reação, no sentido de aceitar sua condição naquela comunidade. Desta forma, volta a delinquir e, conseqüentemente, retorna ao sistema prisional.

5.4 Princípio do *non bis in idem*

Em matéria de legalidade somos forçados a nos orientar pelas diretrizes básicas de nosso ordenamento jurídico. Por isso, cumpre lembrar o que é preceituado no artigo 5º, § 2º, de nossa Carta Magna, ao estabelecer os direitos e garantias fundamentais das pessoas, onde estes não impedem a entrada de outros derivados da forma de governo e dos princípios adotados pela Constituição Federal, bem como dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Ocorre que o Brasil depositou Carta de Adesão, em 25 de setembro de 1992, ao ato internacional que constituiu a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José as Costa Rica), que entrou em vigor na data

referida acima, sendo também promulgado por meio do Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992.

Assim, a Convenção traz em seu texto garantias judiciais previstas no artigo 8º, destacando o item 4, que traz a seguinte previsão: “Art. 8.º [...] 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.”

Consagrou referido dispositivo legal o princípio do *non bis in idem*, que significa que ninguém pode ser punido duas ou mais vezes pelo mesmo fato praticado na seara penal.

Então, é de clareza solar a obrigatoriedade de observação do princípio pelo sistema penal brasileiro, não só pela sua positivação em âmbito internacional e constitucional, mas sobretudo para impedir injustiças ao atribuir no momento oportuno e singular a sanção devida ao agente criminoso.

Neste desiderato, a punição por expressa disposição legal deve ser suficiente e necessária para reprovação e prevenção de infrações penais, neste sentido, e com essa dicção, quer o Código Penal que se esgote em uma ação ou conjunto de ações individualizadas, por parte do poder público, que sejam aptas a aplicar reprimenda adequada ao autor de um delito, para que a cobrança estatal não se protele em duplicidade e indefinidamente no tempo.

Assim, a persecução penal estará sujeita não só ao lapso temporal dentro do qual se poderá formar um título executivo judicial, mas também, a pretensão punitiva estatal deve ter vistas a não impor, por duas vezes ou mais, a mesma pena pelo mesmo fato delituoso.

Logo, se admitirmos que o agente que ostente condenação criminal com decisão que não gere reincidência, tenha maus antecedentes criminais indefinidamente, seria uma flagrante violação ao princípio do *non bis in idem*, já que sempre estaria maculado por ter cometido a infração penal no passado, ainda que este seja longínquo.

5.5 O direito penal do fato

O direito penal do fato busca, dentro das finalidades que a pena pode assumir para o contexto social, reprimir comportamentos desviados através da exteriorização de uma ação delitiva, onde se pune o indivíduo pelo que ele fez, pelo mal que objetivamente causou à sociedade.

Diferentemente ocorre com o direito penal de autor, onde se pune a personalidade, como acreditava o médico Lombroso, que o crime é um fator endógeno, isto é, a propensão para o delito já nasce com o homem (o criminoso nato).

Diante disto, Regina Toledo Damião e Antônio Henriques, tratando da comunicação jurídica, descreve a linguagem corporal, onde consigna que o corpo fala, em especial, pela expressividade dos olhos e demais trejeitos. Por isso, traz à colação passagem do texto de Lombroso (s/n *apud* por Jô Soares, Luís Fernando Veríssimo e Millôr Fernandes):

Assim, exprime-se Lombroso em *L'uomo delinquente*: “Nessa manhã de um soturno dia de dezembro, não foi apenas uma ideia o que tive, mas um relâmpago de clarividência. Ao ver o crânio do salteador Vibella percebi subitamente, iluminado como uma imensa planície sob um céu em fogo a natureza do criminoso. Um ser atávico, reproduzindo os ferozes instintos da humanidade primitiva, dos animais inferiores. Assim podemos explicar (o criminoso) pelas enormes mandíbulas, ossos salientes das maçãs, arcos proeminentes dos supercílios, tamanho exagerado das órbitas, olhar sinistro, visão extremamente aguçada, nenhuma propensão à calvície, orelhas em alça, insensibilidade à dor, nariz tendendo à direita, falta de simetria geral. No comportamento, indolência excessiva, incapacidade de ruborizar, paixão por orgias – e desejo insano do mal pelo próprio mal. Vontade não apenas de tirar a vida da vítima mas também de mutilar-lhe o corpo, rasgar sua carne, beber seu sangue.”(SOARES, VERÍSSIMO, MILLÔR, 1992:93 *apud* DAMIÃO, HENRIQUES, 2000, p. 18-19).

Então, no sentido de equilibrar o *ius puniendi* estatal e a liberdade do cidadão, bem como no intuito de fazer sobrelevar a vertente do direito penal do fato, surgiu o garantismo penal de Luigi Ferrajoli, tornando-se uma política criminal minimalista, num meio-termo entre as teorias abolicionistas e maximalistas penais da década de 70 (setenta). Porém, antes mesmo desta criminologia crítica, existiam outras teorias macrossociológicas que tentavam explicar a ação criminosa, a exemplo, da teoria do etiquetamento, onde o delinquente assume o papel social que outros vêm nele em virtude dos antecedentes penais.

Essas políticas maximalistas do Direito Penal culminaram com o direito penal do inimigo, definido por GunterJakobs, em que há distinção importante para o grupo social entre o delinquente-cidadão e o delinquente-inimigo, sendo que este atenta contra o pacto social, portanto, deve ser tratado tal qual na guerra e aquele merece a observância dos direitos e garantias fundamentais previstas em um Estado Democrático de Direito.

Assim, da política criminal proposta por Ferrajoli, a qual está expressa na obra *Direito e Razão*, consubstanciando-se em dez axiomas, e já tratados nesta monografia, podemos ver que tais proposições se ligam à pena, ao delito e ao processo.

Todavia, aqui o postulado de Ferrajoli que mais nos interessa é o atado ao delito, o qual cuida da materialização do crime, sendo então redigido em latim como *nulla injuria sineactione*, traduzido como princípio da exteriorização do fato, porque o Direito Penal não se presta para punir o estilo do agente, seu pensamento, o que se pune é a conduta, o comportamento que se exterioriza no mundo e é qualificado como crime.

Então, a punição é devida pelo fato praticado, o que nos mostra a relevância da distinção entre direito penal do fato e direito penal do autor, o que é questão de aprendizagem inesquecível para o gênero humano, pois nos relembra as atrocidades ocorridas não só durante a Segunda Guerra Mundial, mas reaviva a visão de um mundo de total desrespeito aos direitos humanos ou não, a depender do rumo que escolhe cada Estado ao definir seu catálogo penal e as formas de punição.

O direito penal do inimigo, que é forma de direito penal do autor, traz de volta tudo aquilo que se levava punir o agente por suas características físicas, biológicas, psicológicas e espirituais. Basta lembrar que Hitler punia o indivíduo porque era judeu, porque era cego, enfim aqueles que também não pertenciam à raça ariana.

Assim, se fizermos uma retrospectiva veremos o que podemos considerar como inimigo senão o que dizem os governantes. Então, inimigo já foi Jesus Cristo, já foi o judeu e quem os dominantes do poder assim os classificar.

Neste contexto, referente ao direito penal do fato, vamos encontrar no ordenamento jurídico brasileiro situação em que se pune o agente não por sua conduta desviada, a qual lesa um bem jurídico ou o expõe a risco de lesão, ma

sim por circunstâncias que ofendem até mesmo o princípio da isonomia, pois se o abastado que não tem ocupação é chamado de ocioso. Lado outro, se neste mesmo caso tem um indivíduo sem posses, o tratamento muda para vadio, conforme se deduz da elementar descritiva de vadiagem prevista no artigo 59, do Decreto-lei n. 3.688, de 3-10-41, nos seguintes termos:

Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação lícita:

Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses.

Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena.

Por fim, não podemos deixar de explicitar a notável lição dos mestres penalistas Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 111), ponderando a aplicação do direito penal de autor ao se punir a forma de ser, sendo que isto representa a corrupção do direito penal, pois que o seu fundamento está na sanção ao comportamento humano gerador de lesão ao bem juridicamente tutelado pelo diploma repressivo. Vejamos:

Seja qual for a perspectiva a partir da qual se queira fundamentar o direito penal de autor (culpabilidade de autor ou periculosidade), o certo é que um direito que reconheça, *mas que também respeite* a autonomia moral da pessoa, jamais pode penalizar o “ser” de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação.

Lembram-nos, ainda, os renomados autores que há independência entre os instrumentos formais e informais de controle social, os quais atuam gradativamente limitando a liberdade da pessoa nos moldes, e na conformidade do valor social em questão.

Assim o direito como modelador de comportamento, e com vistas a efetivar o princípio da lesividade não pode autorizar que o estatuto punitivo por excelência seja aplicado a um cidadão por questões não ligadas estrita e diretamente à prática criminosa.

Então, o nosso Código Penal só permite a punição de crimes a partir da sua tentativa, contudo, em virtude de antecedentes penais o réu sofre punições presentes e futuras por sua condição de egresso do sistema penal. Isto ocorre

no campo da moral, nas regras de trato social, e especialmente, nos institutos que gravitam em torno da pena imposta. Daí, os antecedentes criam uma classe de infratores presumidamente perigosos e que serão apenados para além dos fatos cometidos.

6 CONCLUSÃO

Um Estado Democrático de Direito, atento ao princípio da legalidade, lastro fundamental do Direito Penal, pode alterar suas normas e exegeses por inexistir direito absoluto. Contudo, limitar, fora de sua autonomia, não efetivar ou ainda extinguir núcleos intangíveis previstos na Constituição Federal, enseja manejo de garantias constitucionais.

Assim, normalizar antecedentes criminais é realizar o princípio da limitação das penas, na vertente vedação de penas perpétuas. Desta forma, este preceito constitucional tem status de cláusula pétrea, portanto, não admite proposta de emenda tendente a aboli-lo de nosso ordenamento jurídico. Porém, há sim a possibilidade de se mitigar o referido mandamento. Isto já acontece por meio de organização do banco de dados referente a agentes criminosos, que cada Estado da federação possui, criado para instrumentalizar o Poder Público para melhor prevenir e combater a criminalidade, dentro dos limites concedidos pela Carta Magna.

Daí, para regradar o instituto torna-se necessária sua conceituação para abranger características exclusivas, aptas a diferenciá-lo. Além de possibilitar a correta inserção na devida posição e no ramo jurídico a que pertence, onde, juntamente com outros institutos, tenderá à completude do sistema jurídico, com fins a não permitir sobreposição injusta de penalidades.

Apesar da classificação dos antecedentes criminais como circunstância judicial, seus efeitos se enraízam nas diversas camadas do tecido social, provoca sequelas não só jurídicas, mas estimula os demais instrumentos formais e informais de controle social.

Deste contexto, surge a estigmatização, onde o egresso do sistema penal, o ex-presidiário, é sempre rotulado como tal. Assim, a partir de certo momento, ele começa a se ver e agir como a sociedade o considera, é simples reação da ação que o egresso sofre, todo dia, das agências de controle social.

Diante da finalidade das penas, surgem políticas criminais que evitam o desnecessário encarceramento do infrator por diversos motivos, inclusive por ser vedado ao Estado uma proteção deficiente.

De tudo, resta claro que os maus antecedentes criminais fazem parte de diversas leis e artigos, sempre a impedir benefícios quando presentes. Injustiça não há quando algum tipo de liberdade é restrita na medida das capacidades humanas, sempre a respeitar o mínimo existencial. Todavia, é prudente que o Poder Público, cada um na sua função, legisle, fiscalize e aplique com seriedade as normas constitucionais e infraconstitucionais.

E, por fim, o nosso ordenamento impede penas perpétuas por violarem diversos fundamentos e objetivos da Constituição da República Federativa do Brasil. Não obstante, os maus antecedentes maculam irremediavelmente os condenados por toda sua existência, impedido a ressocialização ou mesmo a socialização completa. Portanto, normatizar tal instituto é muito relevante para se realmente construir uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Bernadete Siqueira. **História da Filosofia**. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 2004. 480 p.

AMORA, Antônio Soares. Minidicionário da língua portuguesa. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 818 p.

BECCARIA, CesareMarchesidi. **Dos Delitos e das Penas**. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações S/A, 2004. 154 p.

BRASIL. Constituição da República federativa do Brasil, de 5de outubro de 1988. **VadeMecum** Saraiva, São Paulo, 12 ed. atual. eampl., p. 9-131, 2011.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **VadeMecum** Saraiva, São Paulo, 12 ed. atual. eampl., p. 1501-1510, 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7de dezembro de 1940. Código Penal. **VadeMecum** Saraiva, São Paulo, 12 ed. atual. eampl., p. 543-603, 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de 3de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. **VadeMecum** Saraiva, São Paulo, 12 ed. atual. eampl., p. 605-609, 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **VadeMecum** Saraiva, São Paulo, 12 ed. atual. eampl., p. 625-714, 2011.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **VadeMecum** Saraiva, São Paulo, 12 ed. atual. eampl., p. 1371-1387, 2011.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **VadeMecum** Saraiva, São Paulo, 12 ed. atual. e ampl., p. 1571-1578, 2011.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **VadeMecum** Saraiva, São Paulo, 12 ed. atual. e ampl., p. 135-337, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 84088, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 20-04-2007 PP-00102 EMENT VOL-02272-02 PP-00212 LEXSTF v. 29, n. 342, 2007, p. 366-377.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 95585, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 11/11/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-07 PP-01593 RTJ VOL-00208-03 PP-01195 RJSP v. 56, n. 374, 2008, p. 163-170 RT v. 98, n.882, 2009, p. 523-529 RMDPPP v. 5, n. 27, 2009, p. 110-118 RMP n. 38, 2010, p. 225-232.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 72130, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/04/1996, DJ 14-06-1996 PP-21074 EMENT VOL-01832-01 PP-00126).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 444. **VadeMecum** Saraiva, São Paulo, 12 ed. atual. e ampl., p. 1821-1832, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. - MS 6877/DF, Mandado de Segurança 2000/0027913-7, 3ª Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julg. 25/4/2001, DJ 21/5/2001, p. 55).

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. - Apelação. Cível. nº 1.0382.08.083913-9/001, julg. em 16/10/2008, rel. des. Kildare Carvalho.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. - Apelação. Criminal - Número do processo:1.0433.04.124572-4/001(1), Rel. Des. Fernando Starling, julgado em 15-1-2008).

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mandado de Segurança. nº 0447978-22.2010.813.0000, julg. em 15/12/2010, rel. des. Antônio Sérvulo.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; e Costa JR., Paulo José. **Direito Penal na Constituição**. 3 ed. São Paulo: RT, 1995.

CHAGAS, Tiago. Homem em construção. Gnotícias, São Paulo, 25 nov. 2011. Seção Notícias. Disponível em: <<http://noticias.gospelmais.com.br/muculmana-estuprada-condenada-prisao-aceita-casar-estuprador-27743.html>>. Acesso em: 21 dez. 2007.

DAMIÃO, Regina Toledo; HENRIQUES, Antônio. **Curso de Português jurídico**. 8 ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2000. 291 p.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 16 ed. São Paulo: editora Saraiva, 2004. 583 p.

DROPA, Romualdo Flávio. **Direitos Humanos**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 17,31/05/2004[Internet]. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3873>. Acesso em 26/11/2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão** – Teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES DE ALMEIDA, Hugo Trapp. Antecedentes Criminais: uma sanção criminológica de caráter perpétuo. **Revista da ESMESC**, Santa Catarina, v. 16, n. 22, p. 311-343, 2009. Disponível em: <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/5-1274831407.PDF>>. acesso em: 16 nov. 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 13 ed. Niterói: Editora Impetus, 2011.

HARTMANN, N. **Das problem des geistigenseins**. Walter Gruyter & Co.: Berlin, 1949.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal** – Parte General. Madri: Marcial Pons, 1997.

LOMBROSO, Cesar. **L'anthropologiecriminelle**. Paris, 1891.

LYRA, Roberto. **Direito Penal** – Parte Geral. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1938.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2010.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011.

POLÍCIA CIVIL DE MINAS GERAIS. Instituto de Identificação. Origem da identificação, 2006. Disponível em: <<http://www.pc.mg.gov.br/internas/servicos/identificacao/identificacao.php#>>. Acesso em: 26 dez. 2011.

VEIGA, Catarina. **Considerações Sobre a Relevância dos Antecedentes Criminais do Arguido no Processo Penal**. Edição única. Lisboa-Portugal: Livraria Almedina – Coimbra, 2000. 170 p.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito Processual Penal** – Teoria, Crítica e Práxis. 4 ed. rev. ampl. e atual. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2006. 935 p.

RUBIANES, Carlos. **Manual de derecho procesal penal**. Buenos Aires: Depalma, 1976.

SOARES, Jô; VERÍSSIMO, Luiz Fernando; FERNANDES, Millôr. **Homor nos tempos do Collor**. 6 ed. Porto Alegre: L & PM, 1992.

TELLES JR., Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.