

ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA CRIMINAIS: NECESSIDADE DE RELEITURA DOS INSTITUTOS DIANTE DOS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO PENAL.

CRIMINAL BACKGROUND AND RECURRENCE: Replay NEED OF INSTITUTES IN FRONT OF THE NEW CRIMINAL LAW PARADIGMS.

Antonio José F. de S. Pêcego¹

Sebastião Sérgio da Silveira²

RESUMO:

Os antecedentes criminais são utilizados pelo Juiz para majoração da pena-base, na primeira fase do processo trifásico da fixação da pena. Tal é feito de forma automática, sempre que a condenação não é considerada para fins de reincidência. Da mesma forma, não existe limite temporal para a aplicação de tal circunstância judicial. A falta da fixação de um tempo para a eficácia da circunstância viola diversos princípios da Constituição e do Direito Penal. Da mesma forma, a reincidência é utilizada como agravante genérica, também de forma automática, sem que o Estado cumpra o seu dever de ressocialização dos condenados e assistência ao egresso. Esse comportamento provoca uma assimetria legal e constitucional. Em atenção aos novos parâmetros do Direito Penal, é necessária a releitura dos dispositivos da lei penal que disciplinam o instituto, como forma de adequá-los aos paradigmas atuais do Direito Penal.

PALAVRAS CHAVE: Antecedentes criminais; reincidência; releitura

¹ Juiz de Direito em Minas Gerais. Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto.

² Mestre e Doutor pela PUC-SP. Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor e Coordenador do Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto, Professor do Departamento de Direito Público da FDRP/USP e Promotor de Justiça.

ABSTRACT:

The criminal records are used by the judge to increase the sentence in the first phase of the process of fixing the penalty phase. This is done automatically whenever an order is not considered for purposes of recurrence. Likewise, there is no time limit for the implementation of such a circumstance court. The lack of setting a time for the effectiveness of circumstance violates several principles of the Constitution and the Criminal Law. Similarly, relapse is used as a generic aggravating, also automatically, without the state fulfills its duty of care and resocialization of convicts to egress. This behavior causes an asymmetry legal and constitutional. In response to the new parameters of criminal law, it is necessary to reconsider the provisions of criminal law governing the institute, in order to adapt them to current paradigms of Criminal Law.

KEYWORDS: Background; criminal recidivism; rereading

1. INTRODUÇÃO

Routineiramente são levados em consideração, em desfavor do réu, os maus antecedentes, cumulados com a reincidência, para agravar a pena daquele que está sendo condenado pela prática de um novo crime, sendo que essa prática tem apoio de parte da doutrina, exceto daquela de visão mais garantista.

Muitas vezes, a majoração da pena se dá de forma automática, sem a consideração objetiva de tais antecedentes (gravidade dos crimes, quantidade de antecedentes, etc.), com a consideração de critérios definidos pela prática jurídica, sem qualquer critério científico ou amparo legal, criando situações de profunda injusta, em desrespeito a garantias fundamentais.

Conforme é sabido, inexistente parâmetro legal para a determinação o *quantum* de exasperação a ser aplicado em razão dos maus antecedentes criminais, quando da fixação da pena-base. Tal omissão, exige do Juiz redobradas cautelas, como forma de garantir a equânime distribuição da justiça.

Da mesma forma, também inexistente paradigma legal para a majoração decorrente da reincidência, na segunda fase do processo trifásico de fixação da pena, sendo que tais situações permitem um grau de subjetivismos absolutamente incompatível com os princípios do direito penal.

Assim, a proposta do presente trabalho é fazer reflexões a respeito dos maus antecedentes e reincidência como parâmetros utilizados dentro do processo trifásico de fixação da penal.

2. DEFINIÇÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS

Os antecedentes do acusado devem ser considerados pelo Juiz como circunstância judicial para dosar a pena-base, na primeira fase do processo trifásico de fixação da pena, na forma do disposto no artigo 59 do Código Penal Brasileiro.

Para a expressiva maioria da doutrina nacional, incluindo Roberto Lyra³, Fernando Capez⁴, Guilherme de Souza Nucci⁵, e César Roberto Bittencourt⁶, devem ser entendidos como quaisquer envolvimento criminais que não geram reincidência.

É certo que existe outra parte da doutrina, capitaneada por Rogério Greco⁷, insistindo que somente os fatos decorrentes de sentenças penais condenatórias transitadas em julgado podem ser consideradas como antecedentes. Todavia, tal questão é meramente semântica e não merece maiores considerações, na medida em que o relevante é a determinação de quais antecedentes podem ser considerados pelo Juiz.

Embora não se possa negar que como antecedentes devem ser considerados todos os fatos que pontilham a vida anteacta do acusado, seja para lhe beneficiar ou, permitir o agravamento da sanção penal, o fato é que tal consideração *in pejus* somente é possível nas hipóteses de sentenças condenatórias que não são consideradas para efeito da reincidência.

Quanto aos outros demais antecedentes, que não se transformaram em sentenças criminais definitivas, eles não podem ser considerados, sob pena de vulneração da garantia constitucional da presunção de inocência, prevista no artigo 5º, inciso II, de nossa Carta Republicana.

³ LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. V. II. Forense: Rio de Janeiro, 1.958, p.211.

⁴ Curso de Direito Penal. Parte Geral. Vol. I, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 412.

⁵ Código Penal Comentado. 12ª ed. São Paulo: RT, 2012, 428.

⁶ Tratado de Direito Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 590.

⁷ Código Penal Comentado. São Paulo: Impetus, 2009, 128.

Embora parte da doutrina e da jurisprudência teime em sustentar ao contrário⁸, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que

somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena, pois, com o trânsito em julgado, descaracteriza-se a presunção ‘juris tantum’ de inocência do réu, que passa, então, a ostentar o “status” jurídico-penal de condenado, com todas as consequências legais daí decorrentes.⁹

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 444, negando a consideração de decisões diversas de sentença condenatória, com o seguinte verbete: “*É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.*”

Assim, embora antecedente criminal deva ser considerado como qualquer registro criminal, somente podem ser considerados como maus antecedentes, para fins de agravamento da pena-base, aqueles que decorram de sentença judicial definitiva.

3. DEFINIÇÃO DE REINCIDÊNCIA CRIMINAL

A reincidência criminal deve ser entendida como o ato de praticar novamente uma conduta definida na lei penal, após ter sido condenado anterior e definitivamente por outro crime, de conformidade com o “caput” do artigo 64 do Código Penal.

Todavia, a reincidência é uma nódoa que contamina o agente por um prazo de 05 (cinco) anos após a declaração da extinção da pena, sendo que após o transcurso de tal período, o condenado volta à condição de primário, na forma do disposto no artigo 64, inciso I, do Código Penal, passando tal condenação à condição de simples antecedente.

Na forma do artigo 61, inciso I, do Código Penal, a reincidência é uma agravante genérica, que deve ser considerada para exasperar a pena do acusado na segunda fase do processo trifásico de aplicação da pena, isto porque, segundo Basileu Garcia¹⁰, “o acertado intuito da lei é criar obstáculos maiores à repetição de crimes e ao desenvolvimento da

⁸ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro: Forense, 1.998, p. 238: “Não há ofensa ao art. 5º LVII da Constituição Federal, o fato de se considerarem como antecedentes aqueles decorrentes de processos que ainda não transitaram em julgado.”

⁹ STF, AP nº 503-PR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 31.01.2013. Disponível em www.stf.jus.br, consulta em 17.03.2013.

¹⁰ Instituições de direito penal. v. I. t. II. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1.978, p. 473.

criminalidade. É natural que procure o legislador aumentar as penalidades que se mostram insuficientes”.

Por outro lado, merece registro que parte minoritária da doutrina entende que a consideração da reincidência se constitui em *bis in idem* vedado no direito penal, implicando em dupla sanção, isto porque o réu que já foi condenado e cumpriu integralmente sua pena não pode mais ser punido por aquele fato. Sustentando neste sentido, destacam-se Zaffaroni e Pierangeli¹¹ e Alberto Silva Franco¹². No direito comparado também existem os críticos da possibilidade de utilização de fatos pretéritos como critério para a dosimetria de pena um delito atual. Jiménez de Asúa, nesse sentido anota que:

Estímase por quines así razonan que castigar más gravemente a un hombre a causa de un delito anterior, cuya condena había sido ya cumplida, constituiría una grave injusticia, um quebramiento de la máxima non bis in idem, o que apreciar la recaída con efectos jurídicos sería mezclar La Moral y el Derecho, que tienen propias áreas, puesto que es justo que la pena siga a La manifestación de voluntad criminal.¹³

Todavia, ainda prevalece à clássica idéia de Aníbal Bruno, para quem

hoje se pode justificar a exacerbação da pena, ao segundo crime, pela maior culpabilidade do agente, pela maior reprovabilidade que sobre ele recai em razão de sua vontade rebelde particularmente intensa e persistente, que resistiu à ação inibidora da ameaça da sanção penal e mesmo da advertência pessoal, mais severa, da condenação infligida, que para um homem normalmente ajustável à ordem do Direito.¹⁴

Além de critério de fixação da pena, a reincidência é considerada em diversas outras situações, como impedimento para a concessão da suspensão condicional da pena (Art. 77, I, CP); substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito ou multa, na hipótese de crime doloso (CP, arts. 44, II; 60, § 2º); aumento do prazo de cumprimento da pena para obtenção do livramento condicional, se dolosa (CP, art. 93, II); não permite que o regime inicial de cumprimento da pena seja aberto ou semi-aberto, salvo em se tratando de pena de detenção (CP, art. 33, § 2º, *b e c*); determina revogação obrigatória do *sursis* quando

¹¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl & PIERANGELI, Jose Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, pp. 843/844.

¹² Código penal e sua interpretação jurisprudencial. v. 1. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.007, pp.1.179/1.180.

¹³ JIMÉMEZ DE ASÚA, Luis. Principípios de derecho Penal. La Ley y el delito. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1.997, pp. 536/537.

¹⁴ Direito penal: parte geral. t. 3. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 114.

se trate de condenação por crime doloso (CP, art. 91, I), além da revogação facultativa, na hipótese de condenação por crime culposo ou por contravenção (CP, art. 91, § 1º); determina a revogação obrigatória do livramento condicional, quando o réu é condenado a pena privativa de liberdade (CP, art. 96) e revogação facultativa, no caso de crime ou contravenção (CP, art. 97); invalida a reabilitação criminal sobrevindo condenação a pena diversa da multa (CP, art. 95); provoca o aumento um terço o prazo de prescrição da pretensão executória (CP, art. 110, *caput*); é causa interruptiva da prescrição (CP, art. 117, VI); obsta o reconhecimento de causas especiais de diminuição de pena (CP, arts. 155, § 2º; 170 e 171, § 1º),

4. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA CRIMINAL NUMA VISÃO AXIOLÓGICA

O direito penal que se legitima num Estado Democrático e Social de Direito, deve se centrar na responsabilidade penal do agente sobre o fato (direito penal do fato ou da culpa), não pelo quem é o autor, não sendo razoável cogitar do direito penal do autor.

Nessa linha, das oito circunstâncias judiciais constantes do art. 59 do CP (*“culpabilidade; motivo; conduta social; personalidade, antecedentes; circunstâncias; consequências do crime; comportamento da vítima”*), é inegável que os antecedentes criminais, a conduta social e a personalidade dizem respeito diretamente ao passado do autor, ao seu modo de vida ou a sua maneira de ser, mas não ao fato em julgamento, de forma que as orientações do referido dispositivo legal indicam, nesse ponto, um sistema híbrido, no qual prevalecem os dois modelos de direito penal (direito penal do fato ou da culpa e direito penal do autor).

No mesmo sentido, mas já na fase seguinte de aplicação da pena (2ª fase do processo trifásico), a agravante da reincidência, igualmente diz respeito ao passado do autor, do seu envolvimento com outros crimes, mas nada diz respeito ao fato em julgamento.

Hodiernamente não mais se afigura lógico e razoável a obrigatoriedade de se considerar, para a fixação da pena, fatos praticados no passado, principalmente os mais remotos, notadamente quando tal procedimento é uma prática automática, que desconsidera os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

Embora possa ter relevância em situações particulares, o fato é que a generalização decorrente da obrigatoriedade de aplicação das chamadas circunstâncias pessoais, acaba gerando um balizamento que tende a igualar todas as pessoas que tiveram a infelicidade de

envolvimento em um fato criminal do passado.

Na hipótese específica dos antecedentes, eles passam a se constituir em marca indelével na vida pregressa do agente, como um estigma que passa a acompanhá-lo pelo resto de sua vida, sendo que o mesmo não ocorre com a reincidência (CP; art. 64, I), tornando desarrazoada essa metodologia porque não há valores diferentes a serem considerados.

Dentro dessa ótica, Juarez Tavares sustenta, com acerto, que o sujeito não pode ser reduzido a uma mera engrenagem de um processo causal, mas que possa

ser tratado dentro de um sistema exclusivo de regras que nele se reproduzem e auto-reproduzem, simplesmente porque, desconsiderando essa relação dialética da inclusão e exclusão, os defensores de tal estrutura não poderão traçar um quadro de valores sobre os comportamentos que ensejaram essas regras.¹⁵

Aceitar esse efeito estigmatizante (maus antecedentes) é reconhecer o malfadado permanente etiquetamento, tão combatido pela moderna visão da criminologia crítica, colocando o condenado de outrora, por toda a sua vida, à margem da sociedade, dificultando sobremaneira a ressocialização do condenado e produzindo efeitos perversos em sua vida futura.

Ainda que se pudesse aceitar a aplicação dos maus antecedentes como critério perpétuo de fixação da pena, conforme anotado por Jimenez de Asúa.

(...) no basta con la repetición de actos delictivos, y la facilidad para realizarlos, como consecuencia de la práctica en este ejercicio, implica ordinariamente la comisión de pluralidad de infracciones, aunque puede existir en los delitos continuados y coletivos que están constituídos por pluralidad de hechos, sin necesidad de más de una infracción.¹⁶

Nessa conformidade, se a pena deve ser considerada modernamente como “reacción del orden jurídico perturbado o lesionado por la acción del delincuente”¹⁷, não se justifica a consideração de fato ocorrido no passado para a determinação do grau de tal reação estatal.

Dentro dessa ótica, é necessário que em respeito à dignidade da pessoa humana, princípio básico de um Estado Democrático e Social de Direito, essa mácula dos antecedentes

¹⁵ Teoria do Injusto Penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2.000, p. 102.

¹⁶ Op. cit. p. 542.

¹⁷ BETTIOL, Giuseppe. Instituciones de Derecho Penal y Procesal. Trad. Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. Barcelona. Bosch, 1.977, p. 146.

criminais devem desaparecer dos registros criminais do agente, decorridos o igual prazo de cinco anos aplicável aos reincidentes, tendo como termo *a que* a data do cumprimento ou extinção da pena, conforme proposto José Antônio Paganella Boschi¹⁸,

De fato, se a reincidência é uma circunstância de maior gravidade, tanto que produz efeitos muito mais danosos para o agente, tem a cessação de seus efeitos depois de decorridos 5 (cinco) anos do cumprimento da pena, não é razoável que os maus antecedentes, que são menos graves, possa subsistir por toda a vida do apenado.

Nesse sentido, não é demasiado invocar o princípio da intervenção mínima, que consoante Antonio Carlos da Ponte, indica que: “O Direito penal deve ter caráter subsidiário, devendo atuar como *ultima ratio legis*, depois que todos os demais ramos do direito tenham se mostrado inócuos e incapazes de salvaguardar bens jurídico-penais relevantes.”¹⁹

O princípio da proporcionalidade, que segundo Canotilho, “coloca a tônica na idéia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível.”²⁰, também deve ser aplicado na tentativa de reinvenção do conceito de maus antecedentes, como forma de determinar um limite temporal para a sua eficácia.

Finalmente, também o princípio da alteridade deve ser invocado na tentativa de enquadramento dos maus antecedentes dentro dos parâmetros ditados pelo direito penal moderno, isto porque, conforme bem sintetizado por Claus Roxin, “a proteção de bens jurídicos tem por objeto a proteção frente à outra pessoa, e não frente a si mesmo”²¹ Nesse sentido, não se compreende como a perpetuação dos efeitos dos antecedentes criminais poderia melhorar a proteção do direito penal em face da coletividade.

Nesse ponto, o caráter perpétuo dos maus antecedentes, que não possui limitação legal mereceu pertinente crítica de Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho:

Ensinam Zaffaroni e Pierangeli que a norma constitucional do art. 5º, XLVII, b, que veda a prisão perpétua, não pode ser lida de forma restrita. Segundo os autores, o dispositivo constitucional é indicador do princípio da humanidade e racionalidade das penas, conforme o qual as penas cruéis

18 Apud. CARVALHO, Amilton Bueno de & carvalho, Salo, Aplicação da Pena e Garantismo. 2.ed. amp. , Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002, p. 52.

19 Crimes Eleitorais. São Paulo: Saraiva, 2.008, p. 74.

20 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2.003, p. 270.

21 A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Org. e Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.006, p. 23.

estão proscritas do direito penal brasileiro. Todavia, há um sucedâneo que deve ser depreendido do princípio constitucional: A exclusão da pena perpétua de prisão importa que, como lógica consequência, não haja delitos que possam ter penas ou consequências penais perpétuas... Por mais grave que seja um delito, a sua consequência será, para dizê-lo de alguma maneira, que o sujeito deve 'pagar a sua culpa', isto é, que numa república se exige que os autores de delitos sejam submetidos a penas, mas não admite que o autor de um delito perca a sua condição de pessoa, passando a ser um indivíduo 'marcado', 'assinalado', estigmatizado pela vida afora, reduzido à condição de marginalizado perpétuo.²²

De fato, se a pena, que é a maior expiação possível de ser imposta a um cidadão, em razão de uma prática criminosa, por certo admitir que efeito secundário da condenação possa ter duração eterna é no mínimo assimetria injustificável.

Ora, se a pena não pode ser perpétua e possui um limite temporal máximo de cumprimento, por certo, não é possível admitir que o efeito de antecedente criminal provocado pela sentença penal possa subsistir por prazo indeterminado.

A discussão aqui travada não é nova. Embora não possa indicar a existência de posição majoritária na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça, já decidiu que:

O art. 61, I do CP determina que, para efeito da reincidência, não prevalece à condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração anterior houver decorrido período superior a cinco anos. O dispositivo se harmoniza com o Direito Penal e a Criminologia modernos. O estigma da sanção criminal não é perene. Limita-se no tempo.

Transcorrido o tempo referido, evidenciando-se a ausência de periculosidade, denotando, em princípio, criminalidade ocasional. O condenado quita sua obrigação com a Justiça Penal. A conclusão é válida também para afastar os antecedentes. Seria ilógico afastar expressamente a agravante e persistir genericamente para recrudescer a sanção aplicada.²³

No âmbito do Supremo Tribunal Federal a dúvida aqui suscitada não foi solucionada, isto porque a matéria recebeu repercussão geral nos autos do Recurso Extraordinário nº 593.818-SC, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, em apreciação concluída em 26 de fevereiro de 2.009, mas ainda não foi submetida à deliberação do Plenário da Corte.

Diante desse quadro, nos afigura absolutamente necessária a adoção do entendimento segundo o qual os antecedentes criminais do condenado não podem ter efeitos perpétuos ou permanentes.

²² Op. cit., p. 52-53

²³ RHC nº 2.227-2 MG, 6ª Turma STJ, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 29/03/93, p. 5.268.

No sentido da tese aqui esposada, deve ser observado que inexistente conceito legal de antecedentes criminais ou de sua regulação no tempo, de forma que não há qualquer objeção concreta para a adoção.

Diante da inexistência de parâmetro legal, a adoção da fórmula para a sua aplicação deve observar os mesmos critérios traçados para a colmatação de lagunas. Nesse contexto, a analogia que possui preferência sobre os demais, deve ser o aplicado. Assim, deve ser utilizado o disposto no artigo 64, inciso I, do Código Penal, que disciplina a cessação dos efeitos da reincidência.

Como os maus antecedentes possuem natureza diversa da reincidência, a contagem de prazo para a cessação dos dois institutos não pode ser coincidente. Assim, o parâmetro mais razoável é a aplicação do mesmo prazo de 5 (cinco) anos. Todavia, o *dies a quo* do prazo de duração dos maus antecedentes deve ser considerado após o cômputo do quinquênio de duração da reincidência. Dessa forma, vencido o prazo de efeito da reincidência, deve ter início o prazo quinquenal no qual os maus antecedentes devem ser utilizados como critério de fixação da pena-base.

Em defesa da impossibilidade de cômputo do mesmo quinquênio para a cessação dos efeitos da reincidência e maus antecedentes, deve ser invocada a Súmula nº 241 do STJ, que veda a consideração simultânea da mesma condenação para fins de antecedentes e reincidência.

Portanto, a única forma de permitir a consideração de uma condenação tanto para reincidência e quanto para maus antecedentes é a adoção de *dies a quo* distintos para ambos os institutos, na forma aqui defendida.

5. A INEFICIÊNCIA COMO CAUSA DE REITERAÇÃO NA DELINQUÊNCIA

O Estado não consegue cumprir a sua obrigação de ressocializar todo o condenado que passa pelo falido sistema prisional, que remonta à idade média e, acaba por infligir ao sentenciado sanções muito mais graves que aquelas previstas nas respectivas sentenças condenatórias.

Após o cumprimento da pena, apegado à falsa idéia de que o agente não foi reintegrado à sociedade e, por essa razão voltou a praticar novo crime, o Estado estabelece critérios legais de majoração da pena para aqueles que haviam sido condenados anteriormente

por outra prática delituosa.

Sem embargo de que, efetivamente não se tenha lhe dado qualquer chance concreta de reintegrar ou ressocializar, o Estado entrega os condenados, principalmente os egressos do sistema carcerário à própria sorte, sem lhes oferecer qualquer tipo de ajuda na difícil tarefa de reintrodução na sociedade. Além disso, lhe exige comportamento criminal exemplar, sob pena de lhe tratar de forma rigorosa, inclusive na aplicação das penas.

Assim agindo, o Estado opta por punir novamente o agente, majorando a pena pelo novo crime praticado, que não possui qualquer relação com o anterior, como se tal comportamento gerasse uma prevenção especial, sem permitir qualquer tipo de digressão a respeito dos motivos que determinaram o primeiro dos delitos ou a sua reincidência. Nesse sentido, é a oportuna lição de Souza de Xavier:

O próprio Estado que pune não deixa de ser um dos estimuladores da reincidência, na medida em que submete o recluso a um processo dessocializador e de aculturação, desestruturando sua personalidade por meio de um sistema penitenciário desumano e que marginaliza, não sendo razoável que exacerbe a punição a pretexto de que o agente desrespeitou a sentença anterior, ou porque desprezou a advertência formal contida na condenação anterior, revelando assim uma culpabilidade mais intensa.²⁴

Com esse comportamento o Estado se apegua ao modelo liberal e individualista, fundado na legalidade formal, se afastando dos postulados do Estado Social de Direitos, que tem o cidadão como centro de sua existência e, “em favor e da realização das condições de desenvolvimento harmônico e equilibrado do sistema social.”²⁵ Para atender aos valores da atual Constituição, seria necessário, de fato, a adoção de políticas de ressocialização dos condenados e de assistência aos egressos, como forma de prevenir a reincidência e garantir a dignidade humana, que não foi perdida com a condenação.

Aqui, não é demasiado lembrar que: “No Estado Democrático de Direito instituído pelo constituinte de 1988, a dignidade da pessoa humana ostenta *status* de princípio fundamental, de modo a constituir diretriz obrigatória para todos os operadores do Direito.”²⁶

Portanto, não é razoável, à luz de tal princípio, a automática majoração da pena para aqueles que voltaram a praticar novos crimes, sem que o sentenciado tenha sido

²⁴ XAVIER DESOBUZA, Paulo S. Individualização da Pena no Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 159-160.

²⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais de direito penal revisitadas. São Paulo: RT, 1.999, p. 30.

²⁶ FAVORETTO, Affonso Celso. Princípios Constitucionais Penais. São Paulo: RT, 2.012, p. 36.

adequadamente assistido e, sem que sejam avaliados os motivos e condições que determinaram a prática delituosa. Nesse sentido é a conclusão de Xavier de Souza:

Portanto, o agravamento da pena em razão da reincidência, soa como de duvidosa constitucionalidade diante do princípio *non bis in idem*, que possui assento no *princípio constitucional da legalidade*; porquanto, difícil compreender como um indivíduo possa ser duplamente punido, isto é, como um fato criminoso que desencadeou a primeira condenação possa servir também de fundamento para o aumento da pena-base na condenação por delito posterior. Admitir-se isso, haver-se-ia de admitir como possível também no Estado Democrático de Direito, a existência de um Direito Penal atado ao tipo de autor – em razão de ser este reincidente –, constituindo tal duplicidade uma contradição lógica.²⁷

Sem embargo das ponderações aqui lançadas, a jurisprudência ainda insiste no reconhecimento da tese contrária, segundo a qual a reincidência e os maus antecedentes são de aplicação automática no processo de fixação da pena, sendo que isso não induz a qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade. Nesse sentido:

A reincidência, como circunstância exasperante, não pode e nem deve ser recebida como degenerativa ao direito do autor, uma vez que é o próprio quem dá causa à mesma, numa demonstração de que a punição anterior não serviu para coibi-la, evidenciando desprezo à lei e persistência na prática delitiva, não havendo, assim, que se falar em ferimento à individualização da pena (ao contrário, trata-se de um critério desta), ou mesmo incentivo a um estigma que impede a integração social do apenado, já que, repetindo, referida circunstância, além de advir de lei codificada, pretende punir aquele que teima em permanecer na reiteração delitiva.²⁸

Nesse ponto é necessário reconhecer que o Estado é co-responsável pela reincidência que da causa aos maus antecedentes criminais, sendo que tais fatores quando da aplicação da pena, deveriam ser considerados atenuantes numa visão crítica, já que o sistema atual macula a dignidade da pessoa humana, a racionalidade das penas e a integridade física e mental de todo aquele que é apenado pela segunda vez - agora por meio da responsabilidade penal objetiva - pelo mesmo fato, agravando a pena do novo crime, em razão da ineficácia da máquina estatal que dá azo à reiteração criminosa.

Sem embargo da prevalência do entendimento contrário, já surgem às primeiras manifestações jurisprudenciais de inconformismo com esse modelo atual de consideração automática da reincidência e maus antecedentes. Nesse sentido, encontramos:

27 Op. cit., p. 159-160.

28 TJMG-ACr 1.0720.03.011202-6/001, Rel. De. (a) Reinaldo Portanova, v.vencedor, j. 13/11/2012, pub. 23/11/2012.

Prestigiar a reincidência importa em dar ares de legalidade ao direito penal do autor e puni-lo pelo que ele é, estigmatizando-o a partir das concepções patológicas de Lombroso.²⁹

Impor a reincidência para majoração da sanção fere o princípio da individualização da pena e o princípio do non bis in idem.³⁰

Arrematando, salienta Adler Chiquezi³¹, que na atualidade já há países que aboliram os efeitos da reincidência de suas legislações penais, como fez a Colômbia que em 1980 e mais recentemente, em 1986, a Alemanha que excluiu de seu Código Penal a reincidência para o fim de agravação da pena pela prática do novo fato.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O antecedente criminal, da forma com que é visto nos dias atuais, é uma nódoa permanente, que acompanha o cidadão condenado por decisão criminal definitiva, pelo resto de sua vida.

Inexiste definição legal de antecedente ou mesmo a fixação de seu limite de eficácia temporal, sendo que tal omissão legislativa é a responsável pelo desarrazoado entendimento de o antecedente criminal sempre deve ser considerado na fixação da pena-base na primeira fase do processo trifásico.

Todavia, os princípios da vigente Constituição da República e a reformulação de conceitos universais do Direito Penal, nos obriga a uma releitura de dispositivos de nosso vetusto Código Penal, como forma de possibilitar a interpretação dos seus dispositivos à atual realidade.

Dessa forma é forçoso reconhecer que a atribuição de caráter vitalício a tal efeito da condenação (antecedente criminal), vulnera o disposto no artigo 5º, inciso XLVII, aliena “b”, da Constituição da República, que veda a instituição de penas perpétuas, além dos demais princípios acima nominados.

De igual forma, o automático reconhecimento da agravante da reincidência como critério de majoração, na segunda etapa da dosimetria da pena, também não pode ser

29 TJMG-ACr 1.0295.11.003796-3/001, Rel. Des. (a) Reinaldo Portanova, j. 20/11/2012, pub. 30/11/2012.

30 TJMG-ACr 1.0720.03.011202-6/001, Rel. De. (a) Reinaldo Portanova, j. 13/11/2012, pub. 23/11/2012.

³¹ CHIQUEZI, Adler. Reincidência criminal e sua atuação como circunstância agravante. Dissertação de mestrado na PUCSP, tendo como orientador Dr. Prof. Dirceu de Mello. São Paulo, 09/06/2009, p. 89

admitida, salvo diante de análise pormenorizada das circunstâncias e motivos das práticas delitivas e, após cumprido o dever do Estado de ressocialização dos condenados.

Diante desse quadro, o operador do Direito, em obediência aos superiores princípios da Constituição Federal e, do próprio Direito Penal, deve promover a releitura dos dispositivos de nosso Estatuto Repressivo e leis especiais, dentro de um processo hermenêutico, como forma de alterar a interpretação que vem sendo dada aos institutos da reincidência e maus antecedentes em matéria penal.

5. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

BETTIOL, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Procesal**. Trad. Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. Barcelona. Bosch, 1977.

BITTENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRUNO, Anibal. **Direito penal: parte geral**. T. 3. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CARVALHO, Amilton Bueno de & carvalho, Salo, **Aplicação da Pena e Garantismo**. 2.ed. amp. , Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.

CHIQUEZI, Adler. **Reincidência criminal e sua atuação como circunstância agravante**. Dissertação de mestrado na PUCSP, tendo como orientador Dr. Prof. Dirceu de Mello. São Paulo, 09/06/2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: RT, 1999.

FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios Constitucionais Penais**. São Paulo: RT, 2012.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FRANCO, Alberto Silva & STOCO, Rui (coords.). **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. V. 1. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. v. I. t. II. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1978, p. 473.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Impetus, 2009.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos Del Derecho Penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1.996.

JIMÉMEZ DE ASÚA, Luis. **Principios de derecho Penal. La Ley y el delito**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1.997.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. V. II. Forense: Rio de Janeiro, 1.958.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2012.

_____. **Individualização da Pena**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2.012.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2.008.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org. e Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.006.

AVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2.000,

TOLEDO, Francisco de Assis. **Principios Básicos do Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1.994.

XAVIER DE SOUZA, Paulo S. **Individualização da Pena no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl & PIERANGELI, Jose Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**. Uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad., Luiz Régis Prado. São Paulo, RT, 2.001.