

OS MAUS ANTECEDENTES SÃO PERPÉTUOS?

Lilian Sousa Terra

Graduada em Direito pelo UNIFOR-MG – Minas Gerais - Brasil
e-mail: liliansterra@gmail.com

Altair Resende Alvarenga

Doutor em Ciências Jurídico-Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino – Buenos Aires - Argentina
Juiz de Direito da Vara de Família e Sucessões da Comarca de Formiga-MG
e-mail: altairr@terra.com.br

Recebido em: 13/09/2015

Aprovado em: 26/10/2015

RESUMO

O presente artigo tem como escopo a reflexão sobre a inflexão do instituto dos maus antecedentes à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e dos princípios informadores do direito penal, nela contidos. Passando em revista ao conceito dos maus antecedentes e da reincidência e aos diversos efeitos sobrevindos de sua adoção, tanto aqueles observados na aplicação da pena quanto na sua execução, buscar-se-á avaliar sobre sua compatibilidade com os princípios da legalidade, da vedação às penas de caráter perpétuo, da humanidade das penas, do *non bis in idem* e da dignidade da pessoa humana. Foca-se, outrossim, nos institutos do Direito Penal do Autor e do Fato e do Direito ao Esquecimento sob a perspectiva dos maus antecedentes. Por fim, realizar-se-á abordagem sobre a questão da responsabilidade do Estado pela reincidência e a posição dos principais tribunais brasileiros quanto ao caráter perpétuo dos maus antecedentes.

Palavras-chave: Maus antecedentes. Caráter perpétuo. Inconstitucionalidade.

BAD HISTORY IS PERPETUAL?

ABSTRACT

This article is scoped reflection on the inflection of the Institute of bad record in the light of the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988 and informative principles of criminal law contained therein. Reviewing the concept of bad history and recidivism and the various sobrevindos effects of its adoption, both those observed in the application of the penalty as in their implementation, will be sought to evaluate on its compatibility with the principles of legality, sealing the perpetuity of feathers, the humanity of penalties, the non bis in idem and the dignity of the human person. It focuses, instead, the institutes of the Criminal Law and Fact Author and the Right to Oblivion from the perspective of the bad history. Finally, it will be held approach to the question of state responsibility for recurrence and the position of the main Brazilian courts regarding the perpetuity of bad record.

Keywords: Bad history. Perpetuity. Unconstitutionality.

1 INTRODUÇÃO

O agente, ao praticar uma ação típica, ilícita e culpável, faz com que surja para o Estado o *ius puniendi*¹, importando na aplicação de sanções ao infrator da norma penal.

Ocorre que tal atuação estatal encontra limites na própria Constituição da República de 1988, que em seu art. 5º elenca uma série de princípios aplicáveis ao processo penal, tais como o princípio da presunção de inocência, da individualização da pena e da legalidade, visando a coibir a atuação arbitrária do Poder Judiciário e das Polícias Administrativa e Judiciária.

Desse modo, o inciso XLVII do art. 5º da CR/88 prevê que não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

Nesse contexto, avoluma significativa discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da vedação constitucional às penas de caráter perpétuo, frente ao instituto dos maus antecedentes.

No ponto, impõe-se anotar que a doutrina tradicional pontificou, com agasalho na jurisprudência majoritária, o entendimento de que as condenações penais transitadas em julgado que não se prestam para efeitos de reincidência devem ser tomadas em conta para aferição dos “maus antecedentes”, acarretando a elevação da pena, na primeira fase do sistema trifásico e a restrição de vários benefícios penais. Ocorre que, conforme posto pela doutrina tradicional, tal efeito da condenação não possui uma limitação temporal, perpetuamente considerado como circunstância desfavorável na aplicação da pena e no processo criminal como um todo.

Destarte, urge um exame mais aprofundado sobre o tema em questão, considerando, principalmente, que o Estado falha em seu dever de propiciar a reintegração do apenado na sociedade de forma digna, uma vez que o estigma dos maus antecedentes em nada contribui para a diminuição da violência ou até para aplacar a sensação social de impunidade.

A abordagem crítica acerca da aplicação dos maus antecedentes perpetuamente, para agravar a punição do infrator, justifica-se pela necessidade de se delinear a correta aplicação

¹ Direito de punir. Jus Brasil. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/291111/ius-puniendi>>. Acesso em: 30 set. 2014.

do direito penal sob a égide da Constituição Cidadã de 1988, uma vez que tal instituto não coaduna com os princípios basilares nela esculpidos.

É preciso ter como norte, possíveis violações aos princípios constitucionais da legalidade, da vedação às penas de caráter perpétuo e da dignidade da pessoa humana.

Assim contextualizado, serão abordados os principais temas ligados ao instituto dos maus antecedentes, como seu conceito, consequências, princípios correlatos e direito ao esquecimento, passando ainda pelas teorias do Direito Penal do Fato e do Autor, bem como a responsabilidade do Estado pela reincidência e, por derradeiro, a posição dos tribunais pátrios acerca do tema.

2 CONCEITO DE MAUS ANTECEDENTES

Os maus antecedentes, conforme ensina Rogério Greco (2008, p. 2013), “dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência”.

A reincidência, por sua vez, surge no momento em que o agente comete um novo crime após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória (art. 63, CPB), desde que não tenha perpassado um lapso temporal superior a 5 (cinco) anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior (art. 64, I, CPB) e que o crime anterior não seja militar próprio ou político (art. 64, II, CPB).

O Superior Tribunal de Justiça, restringiu a aplicação dos maus antecedentes ao firmar entendimento, através do enunciado nº 444 de sua súmula, de que inquéritos policiais e ações penais em curso não podem ser utilizados para agravar a pena-base, não podendo, pois, serem considerados como maus antecedentes.

Assim, não devem ser considerados como maus antecedentes: absolvição anterior; inquéritos policiais e ações penais em andamento; má conduta social ou personalidade desajustada e processos com trânsito em julgado emanados de fatos posteriores aos narrados na denúncia.

Referido entendimento está de acordo com o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade, como prefere denominar alguns autores, que preconiza que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII).

Cumprido ressaltar que, caso o acusado possua mais de uma sentença penal condenatória transitada em julgado e caracterizadora da reincidência, o julgador pode se utilizar de uma

delas como agravante da reincidência (art. 61, I, CP²), e outra como maus antecedentes na fixação da pena-base (art. 59, CP³), desde que não tenham, como fundamento, as mesmas condenações, evitando-se, assim, um intolerável *bis in idem*.

Nesse sentido é o enunciado n° 241 da Súmula do STJ: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

Desse modo, pode-se concluir que apenas as condenações penais transitadas em julgado que não se prestam para efeitos de reincidência são consideradas como maus antecedentes.

3 REFLEXOS DA APLICAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES NO PROCESSO PENAL E NA CONDENAÇÃO CRIMINAL

O réu portador de maus antecedentes não é tratado pela legislação penal da mesma forma que o acusado tecnicamente primário. Assim, verificada na certidão de antecedentes do acusado a ocorrência de alguma condenação penal transitada em julgado, o mesmo sofrerá uma série de restrições em virtude de sua condição pessoal.

Dentre os principais efeitos que ocasionam os maus antecedentes no processo penal e na execução penal, podemos ressaltar os seguintes: a) impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44 do Código Penal⁴); b) agravamento da pena na primeira fase de sua fixação (art. 59 do Código Penal); c) vedação à concessão da suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal⁵); d) vedação à concessão de livramento condicional (art. 83, I do Código Penal⁶); e) vedação à concessão de suspensão

² Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:
I - a reincidência

³ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

⁴ Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:
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.

⁵ Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício

⁶ Dentre os requisitos para concessão do Livramento Condicional, prescreve o art. art. 83, I, CPB que: o juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes.

condicional do processo e transação penal (arts. 76, § 2º e 89, ambos da Lei 9.099/95)⁷; f) impossibilidade de aplicação de algumas causas de diminuição de pena, como a prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06 (tráfico privilegiado).

4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PENAS CORRELATOS

A Constituição da República de 1988, como norma fundamental do Estado e limitadora do poder, impõe que a intervenção penal deve observar os limites traçados pelas normas e princípios nela esculpidos, com o fito de se preservar os direitos e garantias fundamentais.

Marcelo Novelino (2010) ensina que os princípios concebem o primeiro estágio de concretização dos valores jurídicos; as regras são concretizadoras desses princípios. De acordo com o autor, a proximidade entre os princípios constitucionais e os valores supremos da sociedade potencializam ainda mais sua importância como critério de decisão a ser levado em conta nos discursos normativos.

Para Salo de Carvalho e Amilton Bueno de Carvalho (2002), os direitos fundamentais, em face de seu *status* de intangibilidade, instalam-se em uma esfera inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer pela justificativa da manutenção do *bem comum*. Para os autores, os direitos fundamentais adquirem a função de “estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas”

Assim, torna-se imprescindível tecer uma análise acerca dos princípios constitucionais que regem o direito penal e, em especial, aqueles ligados ao instituto dos *maus antecedentes*.

4.1 Princípio da legalidade ou da reserva legal

Também chamado de princípio da *anterioridade da lei penal*, o princípio da Legalidade ou da reserva legal, possui previsão no art. 1º do Código Penal⁹ e tem sua base

⁷ Conforme dispõe o art. 89 da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), a Suspensão Condicional do Processo será concedida “nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, (...) desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena”

Prescreve o §2º do art. 76 da Lei 9.099/95 que não será admitida a proposta de transação penal se, dentre outros, “não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida”.

⁸ Prescreve o art. 33, § 4º da Lei 11.343/06 que: “nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”

⁹ Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

constitucional no art. 5º, XXXIX, que diz: “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”.

Em que pese as leis penais se utilizaram, frequentemente, da expressão *maus antecedentes*. A extensão dada a ela e até mesmo seu conceito são fruto de uma construção doutrinária e jurisprudencial. Assim, a interpretação de que os maus antecedentes se referem às condenações penais transitadas em julgado que não se prestam para efeitos de reincidência e sua utilização indistintamente no tempo para agravar a reprimenda do agente, não estão previstas em qualquer diploma legal, o que permite afirmar, desde logo, que tal interpretação fere o princípio da legalidade.

O princípio da legalidade no âmbito penal ainda impõe que a lei penal deve ser precisa, delimitando a conduta lesiva e suas consequências e assim, impossibilitando a utilização do processo integrativo da analogia para preencher eventuais lacunas. Tal vedação, contudo, não alcança a analogia *in bonam partem*, mas somente a analogia que resulta em prejuízo ao réu (analogia *in malam partem*), vez que essa interfere no direito de liberdade constitucionalmente consagrado.

Cai como luva a lição de Gabriel Dezen Junior em sua Constituição Federal Interpretada (2010, p. 168):

Impõe-se a descrição específica, individualizadora do comportamento delituoso, ou seja, a definição da conduta punível deve ser precisa, para que se garanta o direito de liberdade da pessoa, e é dessa precisão que resulta a proibição de interpretações extensivas ou analógicas que levem o julgador a, estendendo a descrição da norma penal, abranger e reger outras condutas não expressamente previstas.

Assim, considerando que o Direito Penal não comporta interpretação extensiva ou analogia que prejudique o réu, a inflexão do instituto dos *maus antecedentes* não pode apartar, analogicamente, da previsão do art. 64, I do Código Penal, no sentido de que não deve prevalecer para fins de endurecimento das penas as condenações cujo cumprimento ou extinção da pena tenha ocorrido há mais de 5 (cinco) anos, por ser tal interpretação mais favorável ao réu.

Por derradeiro, os efeitos gerados pelos maus antecedentes não possuem previsão legal expressa, razão pela qual não se mostram compatíveis com o princípio da legalidade esculpido no art. 5º, inciso XXXIX, da Carta Magna¹⁰ e no art. 1º do Código Penal¹¹.

¹⁰ XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

¹¹ Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

4.2 Princípio da vedação às penas de caráter perpétuo

A vedação às penas de caráter perpétuo está expressa no art. 5º, XLVII, 'b', da Constituição da República de 1988¹², e é um direito individual que coaduna com as garantias constitucionalmente asseguradas da dignidade da pessoa humana e da liberdade, conforme lição de Alexandre de Moraes (2006, p. 336):

A vedação às penas de caráter perpétuo decorre do princípio da natureza temporária, limitada e definida das penas e compatibiliza-se com a garantia constitucional à liberdade e à dignidade humana.

Na mesma senda recolhe-se da preciosa lição de Zaffaroni e Pierangeli (2008, p. 673), que a vedação constitucional às penas de caráter perpétuo não diz respeito somente à pena em si, mas também aos seus efeitos:

A exclusão da pena perpétua de prisão importa que, como lógica consequência, não haja delitos que possam ter penas ou consequências penais perpétuas. Se a pena de prisão não pode ser perpétua, é lógico que tampouco pode ser ela a consequência mais branda do delito. Isto resulta claro quanto às consequências acerca da reincidência, que o inciso I do art. 64 limita em cinco anos. De outro modo, se estaria consagrando a categoria de “cidadão de segunda”, ou uma *capitis diminutio* inaceitável no sistema democrático ou republicano. 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.

Ainda, infere-se da lição de Antônio José F. de S. Pêcego (2014, p. 8), que é ilógico etiquetar o agente pelo resto de sua vida com o estigma dos maus antecedentes em um país em que se veda a prisão perpétua e o mesmo não ocorre com a reincidência. Em suas palavras:

Aceitar esse efeito estigmatizante dos maus antecedentes, é ir de encontro a tudo que a moderna visão da criminologia crítica recomenda, colocando o condenado de outrora por toda a sua vida à margem da sociedade, esta que financia o Estado para que promova a sua ressocialização que inexiste na prática, por isso mesmo sustentamos que em respeito à dignidade da pessoa humana, princípio básico de um Estado Democrático e Social de Direito, essa mácula dos maus antecedentes criminais devem sumir dos registros do agente decorridos o igual prazo de cinco anos, aplicável aos reincidentes, tendo como termo *ad quo* a data do cumprimento ou extinção da pena.

¹² XLVII - não haverá penas:

[...]

b) de caráter perpétuo;

De ver-se que, não se mostra em consonância com o preceito constitucional enfocado a utilização de uma mesma condenação para se agravar a pena de um condenado durante toda sua vida e em qualquer condenação posterior. Conforme explanado anteriormente, os maus antecedentes não interferem apenas na condenação penal, mas em todo o procedimento criminal, o que leva a inexorável conclusão de que até mesmo aquele que, ainda, não pode ser considerado culpado é cerceado de benefícios processuais em razão de uma condenação que pode ter ocorrido há 5, 10, 20 anos, ou mais.

Nesse enfoque, os maus antecedentes, quando tomados em conta para agravar a sanção penal do agente sem qualquer limite temporal, ferem o princípio da natureza temporária da pena e, conseqüentemente, o preceito constitucional que veda a aplicação de penas de caráter perpétuo.

4.3 Princípio da humanidade das penas

O princípio da Humanidade das Penas está implícito na CR/88 e decorre da vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III¹³), da proibição da pena de morte, da pena de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e das penas cruéis (art. 5º, XLVII), do respeito e proteção à figura do preso (art. 5º, XLVIII, XLIX e L¹⁴) e ainda, de normas disciplinadoras da prisão processual (art. 5º, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV e LXVI¹⁵). Assim, tal princípio impõe ao legislador infraconstitucional e ao intérprete,

¹³ III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

¹⁴ XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

¹⁵ XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

mecanismos de controle de tipos legais, vedando a imposição de penas e de condutas que vão de encontro às limitações acima enfocadas.

Acerca do tema, Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 161) ensinam maestralmente que o princípio da humanidade impede que um delito tenha consequências jurídicas permanentes, ao assentar:

O princípio de humanidade é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc.), como também qualquer consequência jurídica indelével do delito. Como veremos oportunamente com mais detalhe, a república pode ter homens submetidos à pena, “pagando suas culpas”, mas não pode ter “cidadãos de segunda”, sujeitos considerados afetados por uma *capitis diminutio* para toda a vida. Toda a consequência jurídica de um delito - seja ou não uma pena - deve cessar em algum momento, por mais longo que seja o tempo que deva transcorrer, mas não pode ser perpétua no sentido próprio da expressão.

Vê-se que a condenação criminal, ao ser aceita perpetuamente para caracterizar os maus antecedentes vai de encontro ao princípio da humanidade das penas, uma vez que afronta a vedação constitucional às penas de caráter perpétuo.

4.4 Princípio do *non bis in idem*

Noutro norte, o princípio do *non bis in idem*¹⁶, apesar de não estar previsto, expressamente, no texto constitucional, consagrou-se no direito penal pátrio ao estabelecer que ninguém poderá ser duplamente punido pelo mesmo fato, sendo plenamente compatível com o atual Estado Democrático de Direito e atento aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena.

No tocante à violação do princípio do *non bis in idem*, decorrente da majoração da pena, em face de uma condenação anterior, disserta o ilustre doutrinador argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, ao lado do não menos aclamado José Henrique Pierangeli (2008, p. 718):

...em toda agravação da pena pela reincidência existe uma violação do princípio do *non bis in idem*. A pena maior que se impõe na condenação pelo segundo delito decorre do primeiro, pelo qual a pessoa já havia sido julgada e condenada. Pode-se argumentar que a maior pena do segundo delito não tem seu fundamento no primeiro, e sim na condenação anterior, mas isso não passa de um jogo de palavras, uma vez que a condenação anterior decorre de um delito, e é uma consequência jurídica do mesmo. E, ao obrigar a produzir seus efeitos num novo julgamento, de alguma maneira se estará modificando as consequências jurídicas de um delito anterior.

¹⁶ Ninguém deve ser julgado duas vezes pelo mesmo fato.

Nesse aspecto, considerando que os maus antecedentes dizem respeito a uma condenação por crime anterior cuja pena foi cumprida ou extinta há pelo menos 5 (cinco) anos, sua utilização em um novo crime tem por consequência a dupla punição pelo primeiro, contrariando o princípio do *non bis in idem*.

Tal interpretação dos maus antecedentes está longe de alcançar o ideal supremo de justiça, vez que cria uma dupla punição pelo delito e até mesmo instituiu uma espécie odiosa de vingança “legal”.

4.5 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana, além de princípio norteador de todo ordenamento jurídico pátrio, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil previsto no Art. 1º, III, da CR/88¹⁷.

Nessa medida, a dignidade da pessoa humana é o núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, o valor constitucional supremo que irá corroborar a criação, a interpretação e a aplicação de toda a ordem normativa constitucional, especialmente o sistema de direitos fundamentais, conforme leciona Novellino (2010).

Como assevera José Afonso da Silva (2012), a dignidade da pessoa humana compreende em si dois conceitos fundamentais que revelam valores jurídicos: a *pessoa humana* e a *dignidade*. Pela *pessoa humana* pode-se extrair que o ser humano é o centro de imputação jurídica, uma vez que o Direito existe em função da pessoa e para favorecer seu desenvolvimento. Já a *dignidade* é uma característica intrínseca da pessoa humana, superior a qualquer preço e que não admite qualquer substituição. A dignidade da pessoa humana reclama uma existência digna segundo os ditames da justiça social, da equidade e da paz social.

Acerca do tema, Bernardo Gonçalves Fernandes (2010, p. 176) concebe a dignidade da pessoa humana como um metaprincípio que irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais:

Partindo das noções afirmadas pela teoria constitucional majoritária – ainda que pesem as críticas feitas, bem como as incoerências internas a essa teoria –, com fortes heranças germânicas e bases axiológicas, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR/88) é erigida à condição de meta-princípio (sic). Por isso mesmo esta irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais,

¹⁷ Art. 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:
[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesma, nunca como meio (coisas) para satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros. Sendo assim, direitos como vida, propriedade, liberdade, igualdade, dentre outros apenas encontram uma justificativa plausível se lidos e compatibilizados com o postulado da dignidade humana. Por exemplo, a vedação geral a penas de morte, já que suprimindo a vida, suprime-se também qualquer condição de existência, inclusive moral do sujeito.

Trazendo o princípio da dignidade da pessoa humana para o direito penal e em paralelo com os maus antecedentes criminais, o ilustre magistrado BRUNONI (2014) defende que o estigma perene da condenação criminal contraria o aludido princípio da dignidade da pessoa humana:

Diferentemente da reincidência, no entanto, os maus antecedentes são cunhados ainda pela característica da perpetuidade, pois para eles inexistente limitação temporal para que sejam considerados pelo magistrado. Assim, aderimos ao setor da doutrina que, sem negar que a Carta Magna não recepcionou os maus antecedentes como fator de aumento de pena (art. 59 do CP), pugna de forma imediata a relativização do instituto para fixar a sua temporalidade nos moldes da reincidência, por meio do recurso da analogia *in bonam partem*. O estigma da condenação criminal não pode ser perene; a perpetuidade é contrária ao princípio da dignidade da pessoa e da humanidade das penas.

Conforme preleciona Rogério Greco (2008), a Carta Magna proibiu a aplicação de algumas espécies de penas, dentre elas as de caráter perpétuo, por entender que estas ofendiam a dignidade da pessoa humana e fugiam à sua função preventiva.

Dessarte, o direito à liberdade, como um escopo do princípio da dignidade de pessoa humana, se vê restringido em face da perpetuidade dos maus antecedentes, havendo uma flagrante afronta à CR/88.

5 DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento, também chamado de *direito de ser deixado em paz* ou *direito de estar só*, possui fundamento constitucional no direito à vida privada (privacidade), intimidade e honra, previstos no art. 5º, X e decorre do princípio da dignidade da pessoa humana. Em âmbito infraconstitucional o aludido princípio é assegurado no Código Civil, art. 21, que assim dispõe: “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Fazendo interface de tal instituto para o âmbito penal e, mais precisamente para a questão dos maus antecedentes, surgem alguns questionamentos: o indivíduo condenado que

já tenha cumprido sua pena, deve ser eternamente lembrado pelo delito cometido, ainda que tenham se passados muitos anos? O próprio Estado ao reconhecer o esgotamento de seu direito de punir após o transcurso de certo tempo (prescrição), não estaria sendo contraditório em não limitar o período em que uma condenação poderá ser considerada como maus antecedentes? Cumpre trazer à colação um trecho do voto do Ministro Dias Toffoli (STF), que reconheceu que os efeitos nefastos de uma condenação não podem perdurar eternamente, fazendo ele jus ao ‘direito ao esquecimento’:

O homem não pode ser penalizado eternamente por deslizes em seu passado, pelos quais já tenha sido condenado e tenha cumprido a reprimenda que lhe foi imposta em regular processo penal.

Faz ele jus ao denominado ‘direito ao esquecimento’, não podendo perdurar indefinidamente os efeitos nefastos de uma condenação anterior, já regularmente extinta.” (TOFFOLI).

A utilização dos *maus antecedentes* sem qualquer limitação temporal não permite que o indivíduo seja *deixado em paz* pelo Estado e possa se desvincular de delitos do passado, cuja pena já foi extinta ou cumprida. Assim, se o agente estiver respondendo a um processo criminal por qualquer infração, ainda que de menor potencial ofensivo, e em sua Certidão de Antecedentes constar uma condenação anterior ocorrida há, por exemplo, 15 anos, será cerceado de benefícios processuais penais como o da suspensão condicional do processo e da transação penal e, caso condenado, terá sua reprimenda elevada na primeira fase de fixação da pena¹⁸.

Se até mesmo o Estado, detentor do *ius puniendi*¹⁹, possui um prazo para impor uma sanção a quem infringe as normas penais, por que o indivíduo condenado criminalmente pode sofrer eternamente os efeitos dessa condenação?

Ao indivíduo deve ser assegurada a garantia de que, tendo cumprido sua reprimenda ou sendo extinta sua punibilidade, não possa ser rotulado, eternamente, como delinquente, condenado, perpetuamente, a ostentar maus antecedentes.

Assim, a aplicação dos maus antecedentes deve sofrer uma limitação temporal também em homenagem ao Direito ao esquecimento.

¹⁸ Art. 59, código penal: O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências 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.

¹⁹ Direito de punir.

6 MAUS ANTECEDENTES E DIREITO PENAL DO AUTOR

Em face de sua relação com o tema em estudo, cumpre tecer alguns comentários acerca do Direito Penal do Fato em contraposição ao Direito Penal do Autor.

Acerca do que vem a ser o Direito Penal do Autor, o juiz federal Nivaldo Brunoni (2007) disserta que, apesar de não haver consenso sobre tal conceito, pode-se dizer que pelo direito penal do autor o que é preponderante para configurar o delito é o *modo de ser do agente*, como sintoma de sua personalidade. Sob essa ótica, a característica do autor é que justifica a pena e o ato criminoso em si não possui muito valor, sendo preponderante a “atitude interna jurídica corrompida do agente”. De acordo com o magistrado, para o Direito Penal do Autor, “o delito em si tem um significado sintomático. O ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor.”

O Direito Penal do Autor está, intimamente, relacionado ao Direito Penal do Inimigo idealizado por Günther Jakobs, no qual, segundo Leite (2012), o inimigo é submetido a uma legislação de exceção e é condenado pelo que é, e não pelo fato cometido. De acordo com o autor, no direito penal do inimigo se pretende a eliminação daqueles que se opõe ao cidadão comum, sendo eleitos como inimigos e relativizadas ou suprimidas as suas garantias. Nele defende-se a punição do “inimigo” e não apenas do fato definido como crime.

Não obstante, o legislador pátrio optou pela adoção do direito penal do fato em detrimento do direito penal do autor, sendo vedada a punição do agente em razão de sua condição pessoal.

O Direito Penal do Fato se conforma melhor com o atual paradigma do Estado Democrático de Direito, que tem como princípios, dentre outros, o Estado de Inocência e a Dignidade da Pessoa Humana. Para tal teoria, o que se pune não é o delinqüente, mas o delito. Assim, a análise detida dos fatos criminosos é que prepondera na condenação, e não as circunstâncias pessoais do infrator.

Considerando que o Direito Penal do Autor é desprezado em nosso ordenamento jurídico, se mostra incoerente a utilização de condições pessoais do autor, como os maus antecedentes, para se aumentar a pena-base e cercear a aplicação de benefícios processuais e de execução penais, eternamente. Tal situação se agrava quando tais condições são consideradas perpetuamente, como é o caso da atual interpretação dada aos maus antecedentes. A utilização de condenações transitadas em julgado para agravamento da reprimenda do agente coaduna com o direito penal do autor, vez que se afasta da análise

estrita do delito praticado para se punir mais duramente o indivíduo em razão de suas condições pessoais. Assim, sua aplicação no direito penal pátrio merece ser revista.

Isso porque, é certo que os maus antecedentes dizem respeito às condições pessoais do autor, já que se referem às condenações anteriores, pelas quais o agente já cumpriu sua pena. O indivíduo portador de *maus antecedente* passa, então, a ser mais duramente punido em virtude de uma causa não relacionada ao delito cometido, mas à sua pessoa. Assim, a utilização do referido instituto se aproxima do direito penal do autor, o qual, nas palavras de Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2008, p. 107) é uma “corrupção do direito penal”.

Com efeito, ao se adotar uma condição pessoal do autor para majorar sua pena ou cercear um benefício processual ou, até mesmo levá-lo ao cárcere, estar-se-á punindo de forma especial uma pessoa em virtude de uma circunstância pessoal estranha ao delito praticado, se aproximando assim do direito penal do autor, ou, por que não, do direito penal do inimigo.

6.1 Princípio da responsabilidade pelo fato

O Princípio da responsabilidade pelo fato impõe que o Estado deve se prestar a punir como infrações apenas os fatos, previamente, descritos em lei, e não elementos alheios aos fatos, como a personalidade do agente, seus pensamentos, ideologias e condições pessoais. O Estado não deve estereotipar os autores, mas sim as infrações penais.

O que deve preponderar em matéria penal é o fato tipificado como crime e não as condições pessoais do indivíduo. Assim, qualquer atuação legislativa, doutrinária e jurisprudencial que faça prevalecer uma circunstância pessoal desfavorável do acusado em detrimento do fato definido como crime, macula o princípio da responsabilidade pelo fato e, conseqüentemente, do Direito Penal do Fato, sendo tal comportamento incompatível com a atual ordem jurídica brasileira.

O Direito Penal, assim como toda a legislação infraconstitucional, deve mirar seu campo de atuação nos preceitos constitucionais norteadores, aplicando suas normas com o objetivo de proteger os bens jurídicos tutelados, e não rotular pessoas eternamente por circunstâncias alheias ao fato definido como crime.

O Princípio da responsabilidade pelo fato, portanto, impõe que a responsabilidade penal deve se dar com base nos fatos praticados, renegando assim o Direito Penal do Autor e buscando a efetivação do Direito Penal do Fato.

7 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA REINCIDÊNCIA EM FACE DA FRUSTRADA RESSOCIALIZAÇÃO DO CONDENADO

O principal objetivo da execução penal é fazer cumprir o comando emanado da sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, com vistas a promover a integração social do condenado.

Nesse espeque, o art.1º da Lei de Execução Penal (lei 7.210/84), prevê que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Não obstante, o preceito supracitado, a pena privativa de liberdade não vem cumprindo a sua função ressocializadora, os altos índices de reincidência verificados, atualmente, são uma prova da ineficácia do atual sistema prisional.

O Estado se mostra negligente em adotar uma postura preventiva em relação à criminalidade e falha na elaboração de políticas públicas que minimizem as desigualdades sociais e a marginalização. Além disso, o Estado não possibilita ao egresso do sistema prisional uma reinserção digna ao meio social.

7.1 A função da pena e a realidade do sistema prisional brasileiro

Conforme lição de Nucci (2009), pena é uma sanção imposta pelo Estado ao criminoso por meio de ação penal, cuja finalidade é a *retribuição* pelo delito praticado e a prevenção de novos delitos, tendo como objetivo a reeducação do delinqüente, bem como intimidar a sociedade para que o crime seja evitado e reforçar os valores protegidos pelo Direito Penal.

Apesar da deficiência dos dados estatísticas encontrados, não há como se questionar o fato de que o sistema penitenciário tradicional apenas faz com que a delinqüência aumente a cada ano e não consegue reabilitar os segregados. Em sentido contrário, o sistema prisional, na atual situação em que se encontra (superlotação, ausência de condições dignas de higiene, saúde, educação e trabalho), apenas serve para avigorar os valores negativos do condenado.

Assim, não é razoável atribuir, exclusivamente, ao condenado a culpa pela reincidência, uma vez que, normalmente, esse sai do sistema prisional, criminologicamente falando, pior do que entrou.

A par do fracasso da pena privativa de liberdade em promover a ressocialização do apenado, a reincidência e, conseqüentemente, os maus antecedentes, são, rotineiramente,

adotados em âmbito penal como fator agravante em vários estágios da pena e do processo penal. Dentre as várias consequências da reincidência e dos maus antecedentes, pode-se citar a negativa de benefícios penitenciários (v.g. *sursis*, livramento condicional) e processuais, como a possibilidade de responder ao processo em liberdade, a concessão de suspensão condicional do processo e, no momento de fixação da pena, a sujeição do apenado a regime inicial mais brando, a substituição da pena e a fixação da pena-base em patamar mínimo. O Código de Trânsito Brasileiro em seu art. 296 chega ao extremo de cominar pena apenas pelo fato de ser o réu reincidente.

Ao deixar de cumprir seu papel ressocializador, o Estado promove a marginalização do apenado, estigmatizando-o e etiquetando-o com a pecha de criminoso, o que faz com que seja pouco provável sua reabilitação.

Na atual estrutura penitenciária que se vê no Brasil, o sistema penal faz o papel de uma escola do crime, pois segrega o apenado em celas pequenas, mal iluminadas e superlotadas, nas quais o delinquente não faz outra coisa senão alimentar sua tendência criminosa.

Logo, não se mostra razoável que o estado puna de forma mais severa o indivíduo em razão de seus antecedentes quando o seu papel ressocializador e preventivo não vem sendo cumprido.

7.2 A co-culpabilidade do Estado pela reincidência e a seletividade do direito penal

Salo de Carvalho e Amilton Bueno de Carvalho (2002) ensinam que apenas poder-se-ia estabelecer juízos isonômicos de reprovabilidade individual pelo ato criminoso se fosse constatado que houve uma satisfação mínima dos direitos fundamentais do acusado por parte do Estado. Caso contrário, estaria sendo observada somente a igualdade formal de todos perante a lei, e não a igualdade material. Assim, surgem os Princípios de Co-culpabilidade e de Culpabilidade pela Vulnerabilidade, que determinam que pessoas que possuem papéis diferentes na estrutura social, principalmente, em decorrência da condição econômica, não podem ser responsabilizadas com a mesma intensidade.

Assim, considerando que o Estado vem sendo incapaz de possibilitar a ressocialização do condenado, não é razoável que o mesmo puna mais duramente o indivíduo que não se reinsereu na sociedade, utilizando como argumento a *ordem pública* e a *defesa social*.

Conforme leciona Gomes (2008) a atual ideologia do Direito Penal opta, na criminalização primária, por um tratamento desigual em relação as classes sociais, punindo,

preferencialmente, os indivíduos de classes sociais de menor patamar representativo. Assim, as classes detentoras de maior poder reclamam uma tipificação mais dura das condutas que atingem seus interesses, geralmente praticadas pelo grupo social mais frágil e com menor capacidade de influência, o que faz com que tais demandas se tornem uma reclamação de todos. Tais comportamentos, segundo o autor, acabam acentuando e projetando uma maior perspectiva dos conflitos, ao invés de resolvê-los ou contê-los.

De outro lado, vê-se uma leniência legislativa sobre crimes praticados por uma parcela mais abastada da sociedade, como desvios de verbas públicas, fraudes financeiras e em procedimentos licitatórios, abuso de poder, entre outros. Além disso, os textos legais que contemplam esses tipos de infrações não possuem o mesmo vigor vislumbrado nos crimes comuns, principalmente os patrimoniais. Para ilustrar, em nosso atual sistema, o sonegador de impostos é mais bem visto que o indivíduo que furta um bem particular, e dificilmente será processado e levado ao cárcere com a mesma prontidão.

Dificilmente um crime de “colarinho branco” é apurado, e quando isso acontece, arrastam-se longos anos até uma decisão definitiva. Assim, os indivíduos que praticam tais crimes, dificilmente, serão reincidentes ou terão maus antecedentes, o que faz com que as respectivas agravantes incidam, mais frequentemente, sobre os delinquentes de classes mais baixas, em que o poder punitivo do Estado incide com maior rigidez, o que tem sofrido relativa mudança com os resultados, ainda incipientes, da operação “lava jato”, pontue-se.

Ainda, conforme se infere da lição de Cláudio do Prado Amaral (2003), o Estado se mostra negligente em relação à política carcerária e tenta compensar a deficiência econômica, educacional e social do Estado que gera o aumento da criminalidade com uma política criminal totalitária que pune os “produtos individualizados do sistema defeituoso”.

Dessa forma, o egresso se vê marginalizado e rotulado como criminoso em face do sentimento punitivo e preconceituoso que a própria população lhe insere, imbuída pelo terror que a mídia propaga sobre o suposto delinquente. Resta ao egresso, já estigmatizado pela degradação do sistema prisional, acolher a etiqueta a ele atribuída e retornar ao submundo do crime.

Logo, o Estado não deve punir mais duramente o condenado portador de maus antecedentes, mas sim trabalhar na realização de uma reforma penitenciária de modo a humanizar o atual sistema, com a implementação de políticas de reinserção social e penas alternativas, além de trabalhar na prevenção do crime com educação de qualidade e assistência social à população mais vulnerável.

É direito do egresso do sistema prisional encontrar na vida em liberdade oportunidades para se redescobrir como cidadão dotado de valores, direitos e deveres.

Conforme leciona Greco (2008), “o Estado deve procurar acenar-lhe com a esperança do retorno à sua família, aos seus amigos, ao seu trabalho enfim, fazer com que, efetivamente, traga consigo a esperança de dias melhores, fora do cárcere”.

Além disso, a mídia e a sociedade deverão ser aliadas na reintegração do egresso à sociedade. A primeira, através de uma programação que não instigue a cultura punitiva e a intolerância e a segunda, por meio do acolhimento e respeito ao egresso que cumpriu sua pena, de modo a evitar que ele se sinta parte do submundo do crime e a ele retorne.

8 A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS EM RELAÇÃO AOS MAUS ANTECEDENTES

Acerca do tema da possibilidade de as condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos serem consideradas como maus antecedentes para efeito de fixação da pena base, o Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário nº 593.818/SC, de relatoria atual do Ministro Luis Roberto Barroso, reconheceu a repercussão geral do tema, que se encontra pendente de julgamento pelo plenário daquela corte. Na ocasião, o excelso tribunal reconheceu que a questão se mostra relevante do ponto de vista jurídico, ultrapassando o interesse subjetivo das partes.

In casu, o recurso extraordinário foi impetrado pelo Ministério Público de Santa Catarina de acórdão que não considerou como maus antecedentes sentenças condenatórias transitadas em julgado há mais de 5 (cinco) anos. O Tribunal de origem (TJSC) entendeu que as condenações cujas penas foram cumpridas ou extintas há mais de 5 (cinco) anos não repercutem para fins de fixação da pena, por força do princípio da não culpabilidade. Dessa forma, evidenciou-se a necessidade da Corte Constitucional delimitar a extensão de tal princípio.

Em outro contexto, o Ministro Dias Tóffoli (STF), no habeas corpus 119.200/PR, STF, concedeu a ordem de ofício determinando o decote do acréscimo de 6 (seis) meses sobre a pena-base do Paciente Pedro Lemes. Isso porque o ilustre ministro relator alinhou-se ao entendimento preconizado pelo Ministro Gilmar Mendes no HC nº 110.191/RJ, de que, decorrido lapso temporal superior a 05 anos do cumprimento ou extinção da pena (CP, art. 64, I), não há que se falar em reconhecimento de maus antecedentes.

De acordo com o Ministro, a interpretação do disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal precisa ser no sentido de “se extinguirem, no prazo ali preconizado, não só os efeitos decorrentes da reincidência, mas qualquer outra valoração negativa por condutas pretéritas praticadas pelo agente.” E prossegue dizendo que eventuais deslizes na vida progressa do condenado, que há mais de cinco anos não tenha voltado a delinquir, não podem ser sopesados como circunstâncias judiciais desfavoráveis (CP, art. 59), “sob pena de perpetuação de efeitos que a lei não prevê, e que não se coadunam com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e do caráter socializador da reprimenda penal.”

E conclui de forma notável:

O homem não pode ser penalizado eternamente por deslizes em seu passado, pelos quais já tenha sido condenado e tenha cumprido a reprimenda que lhe foi imposta em regular processo penal.

Faz ele jus ao denominado “direito ao esquecimento”, não podendo perdurar indefinidamente os efeitos nefastos de uma condenação anterior, já regularmente extinta.

Para tanto delimitou expressamente o legislador o prazo de cinco (5) anos necessário ao desaparecimento dos efeitos da reincidência (CP, art. 64). Se essas condenações não mais prestam para o efeito da reincidência, que é o mais, com muito maior razão não devem valer para os antecedentes criminais, que é o menos.

Nessa perspectiva, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais também decidiu pelo afastamento dos maus antecedentes que embasaram a elevação da pena base de uma condenação por roubo qualificado, por entender que a Carta Magna veda a pena de caráter perpétuo. *In verbis*:

[...] A Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVII, alínea b, veda terminantemente a pena de caráter perpétuo, donde decorre que se a pena principal não pode ter perpetuidade, muito menos os efeitos da condenação que a originou podem perdurar eternamente. Maus antecedentes afastados. Pena-base reduzida. Pena total redimensionada. - Recursos providos em parte [...] (TJ-MG - APR: 10002120009150001 MG, Relator: Doorgal Andrada, Data de Julgamento: 12/07/2013, Câmaras Criminais / 4ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 17/07/2013).

Nesse contexto, verifica-se que a jurisprudência, ainda que não seja de forma maciça ou vinculante, vem evoluindo, no sentido de reconhecer a contrariedade da atual interpretação dada aos maus antecedentes frente à Constituição da República de 1988, especialmente no que tange à vedação às penas de caráter perpétuo, situação que deverá se acomodar, em um futuro bem próximo.

9 CONCLUSÃO

Os maus antecedentes criminais são definidos pela doutrina majoritária como o histórico criminal do agente que não se presta para fins de reincidência, estando pacificado através do enunciado nº 444 da súmula do STJ, o entendimento de que inquéritos policiais e ações penais em curso não podem ser utilizados para agravar a pena-base.

Como consequência, englobam a definição de maus antecedentes, apenas as condenações criminais transitadas em julgado, cujo cumprimento ou extinção da pena se deu há mais de cinco anos.

Referido efeito da condenação é perfilhado de forma negativa na individualização da pena, agravando, particularmente, a sanção do acusado. Como consequência do reconhecimento dos maus antecedentes no processo penal e na fixação da pena, pode-se elencar: a não aplicação das medidas despenalizadoras previstas na Lei 9099/95 (Lei dos Juizados Especiais); o agravamento da pena na primeira fase de sua fixação; a impossibilidade de aplicação de algumas causas de diminuição de pena, como a prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06 (tráfico privilegiado); a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a vedação à concessão da suspensão condicional da pena.

Avulta ressaltar que, ao contrário da reincidência, a lei penal não previu um limite temporal para o reconhecimento dos maus antecedentes, o que resultou no entendimento de que tal efeito da condenação pode ser utilizado, eternamente, como circunstância prejudicial.

Todavia, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º, inciso XLVII, alínea 'b', vedou expressamente a aplicação de penas de caráter perpétuo. Tal vedação não engloba apenas a pena em si, mas também seus efeitos. Desse modo, sendo os maus antecedentes efeitos da pena, não podem perdurar eternamente, sob pena de afronta à norma constitucional acima enfocada.

Por outro lado, a adoção perpétua dos maus antecedentes para agravar a reprimenda do agente, não está amparada em qualquer diploma legal, sendo uma interpretação doutrinária e jurisprudencial. Ocorre que o princípio constitucional da legalidade impõe que a lei penal deve ser precisa, delimitando a conduta lesiva e suas consequências impossibilitando, assim, a utilização do processo integrativo da analogia para preencher eventuais lacunas. A partir dessa reflexão, tem-se que a atual interpretação dada aos maus antecedentes vai de encontro ao princípio da legalidade, que tem como uma de suas consequências a proibição de interpretação extensiva e da analogia em prejuízo do réu.

Noutro norte, o princípio do *non bis in idem* impõe que ninguém poderá ser duplamente punido pelo mesmo fato, sendo um dos corolários dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena. Considerando que os maus antecedentes dizem respeito a uma condenação por crime anterior cuja pena já foi cumprida ou extinta, ao serem empregados como circunstância agravante em uma nova condenação, acarretam a dupla punição pela primeira, em oposição ao princípio do *non bis in idem*.

Nessa mesma direção, o ordenamento jurídico pátrio adotou a teoria do direito penal do fato em detrimento do direito penal do autor, o que significa dizer que a condenação penal deve se restringir à análise do fato típico cometido, e não das características pessoais do acusado. Por conseguinte, a atual interpretação dada aos maus antecedentes não coaduna com o direito penal do fato, vez que se refere a condições pessoais do autor.

Calha acentuar que o Estado vem falhando em seu dever de ressocializar o condenado e prevenir, por meio da efetivação de direitos individuais e sociais, a prática de novos crimes. A partir dessa reflexão, questiona-se se o mesmo Estado que não proporciona a ressocialização do condenado, pode exigir-lhe que não reincida e puni-lo mais duramente em razão disso?

Por derradeiro, considerando que após o prazo de 5 (cinco) anos previsto no art. 64, I do CP cessam os efeitos da reincidência, que é mais grave, com maior razão sobre de razão deve tal dispositivo ser adotado como balizador da consideração dos maus antecedentes.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, D. S. Reincidência criminal: reflexões dogmáticas e criminológicas. In: **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**, v. 13, n. 78, fev./mar. 2013.

ALMEIDA, H. T. G. de. Antecedentes criminais: uma sanção criminológica de caráter perpétuo. **Revista da ESMESC**, v. 16, n. 22, 2009.

AMARAL, C. P. A. **Princípios penais**: da legalidade à culpabilidade. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

ANDRADA, D. Limitação temporal dos efeitos penais e os maus antecedentes. **Revista Justiça e Cidadania**, n. 157, p. 42-43, set. 2013.

ANDRADE, V. R. P. de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ANDREUCI, R. A. **Estudos e pareceres de direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 110.191/RJ**, rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:iU1HwprEEvwJ:www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp%3Fid%3D1011958%26tipoApp%3D.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-a>>. Acesso em: 4 nov. 2014.

_____. _____. **HC 119.200/PR**, rel. Min. Dias Tóffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo738.htm>>. Acesso em: 4 nov. 2014.

_____. _____. **RE 593.818/SC**, rel. Min. Luis Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=593818&classe=RE-RG&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 4 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **HC 102,778-SP**, rel. Min. do STJ Laurita Vaz. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/791551/habeas-corpus-hc-102778-sp-2008-0063869-9/inteiro-teor-12806676>>. Acesso em: 4 fev. 2015.

_____. _____. **REsp nº 1.335.153-RJ**, rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

_____. _____. **REsp nº 1.334.097-RJ**, rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

BRUNONI, N. Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade. **Revista Doutrina**, ed. 21, dez. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm>. Acesso em: 20 nov. 2014.

CAMPOS, A. D. et al. **Manual de normalização de trabalhos acadêmicos**. Formiga: UNIFOR, 2013.

CANÁRIO, P. **STJ aplica 'direito ao esquecimento' pela primeira vez**. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-05/stj-aplica-direito-esquecimento-primeira-vez-condena-imprensa>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal: parte geral**. 15. edição. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

CARVALHO, A. B.; CARVALHO, S. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 05 fev. 2015.

DAMÁSIO, B. **O que se entende por direito penal do fato?** Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/artigo/20090218163133131_dpesp-2007-defensor-publico_o-que-se-entende-por-direito-penal-do-fato.html>. Acesso em: 4 nov. 2014.

DIAS, G. B. N. **A função da pena e sua importância.** IDECRIM, 2011. Disponível em: <<http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/119-a-funcao-da-pena-e-sua-importancia-para-o-direito-brasileiro>>. Acesso em: 18 abr. 2015.

DICIONÁRIO de latim forense. Disponível em: <http://www.centraljuridica.com/dicionario/g/2/1/n/dicionario_de_latim_forense/dicionario_de_latim_forense.html>. Acesso em: 18 maio 2015.

ENUNCIADOS aprovados na VI Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

FERNANDES, B. G. **Curso de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANCO, A. S et al. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial:** parte geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1.

GALUPPO, M. **Da ideia a defesa:** monografias e teses jurídicas. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

GOMES, G. L. R. **O conflito entre a defesa social e o respeito às garantias fundamentais.** 2008. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 08 fev. 2015.

GOMES, L. F.; MOLINA, A. G. P. **Direito penal parte geral.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 2.

GRECO, R. **Curso de direito penal.** 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

_____. **Direito penal do equilíbrio:** uma visão minimalista do direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

JUNIOR, G. D. **Constituição Federal Interpretada.** Niterói: Impetus, 2010.

JUNIOR, R. P. L.; RODRIGUES, L. A. **Direito penal do inimigo, esse desconhecido.** Disponível em: <<http://www.idecrim.com.br/index.php/direito>>. 2011. Acesso em: 17 fev. 2015.

LEITE, G. P. J. Breves considerações sobre Direito Penal do inimigo. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v, 15, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11543>. Acesso em: 17 fev. 2015.

MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. **Código penal interpretado.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOHAMED, A. N. **O direito penal do autor no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

MORAES, A. de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, A. de; SMANIO, G. P. **Legislação penal especial**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NOVELINO, M. **Direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

NUCCI, G. de S. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual de direito penal: parte geral; parte especial**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PÊCEGO, A. J. F. S. Maus antecedentes e reincidência: uma (re)leitura epistemológica. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, v. 22, n. 259, p. 6-8, jun. 2014.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SIGNIFICADO de *ius puniendi*. Jus Brasil. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/291111/ius-puniendi>>. Acesso em: 30 set. 2014.

SILVA, J. A. da S. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2012.

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.