

ANTECEDENTES CRIMINAIS: UMA SANÇÃO CRIMINOLÓGICA DE CARÁTER PERPÉTUO

*Hugo Trapp Gonçalves de Almeida*¹

Resumo: O artigo científico tem origem na pesquisa doutrinária, jurisprudencial e legislativa, com a sistematização de entendimentos a respeito da incompatibilidade do instituto dos antecedentes criminais com alguns princípios da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e apresenta as peculiaridades atinentes ao etiquetamento de indivíduos marginalizados. Especificamente, estabeleceu-se que, embora o instituto dos antecedentes encontre amparo no texto constitucional, a deformação da legislação brasileira, ao inserir efeitos que não se coadunam com a individualização da pena, contraria os aspectos humanos e da liberdade, perfazendo uma dupla valoração fática. Denota-se que a eternização do instituto dos antecedentes criminais fere seriamente os princípios da presunção de inocência, da legalidade, da humanidade e, principalmente, do *non bis in idem*, onde o indivíduo estigmatizado sofrerá duas ou mais penas em virtude da má utilização de seus antecedentes.

Palavras-chave: Antecedentes criminais. Estigmas. Perpétuo.

1 Especialista em Direito Material e Processual Civil pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – CESUSC. Exerce o cargo de Assessor para Assuntos Específicos junto ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina. E-mail: metecoss@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Este estudo tem como escopo analisar o eventual caráter perpétuo do instituto dos antecedentes criminais e também os efeitos na criminalização, impostos pelos mecanismos do Direito Material, Processual Penal e Leis Penais esparsas brasileiras, sobretudo evidenciar onde se detém, nessas normas, os processos de estigmatização dos indivíduos ditos criminosos.

Com base nos parâmetros atuais da Ciência Criminal, visando à busca da correta aplicação do Direito e como corolário da exata Justiça, verifica-se que os indivíduos considerados infratores restam marcados pelo paradigma criminalizante da pena que lhes foi imposta, acrescentando em suas vidas circunstâncias subjetivas que, sem ter ao seu dispor possibilidades para reabilitar de forma integral a sua situação com a Justiça Penal, acabam por ser submetidos pelo *coordenador dos indivíduos que compõe a sociedade* – Estado – a uma seletividade qualitativa do processo sociopolítico desses agentes sociais sujeitos aos fichamentos policial e judicial eternos.

É cediço que há nas descrições das normas predispostas na legislação positiva penal brasileira a incidência de fatores tais, capazes de determinar que o indivíduo, após cinco anos do cumprimento da reprimenda e que não retome a vida criminosa, seja considerado, de certa forma, primário ou, após esse lapso de tempo sem o cometimento de novos fatos tachados como típicos perante a lei penal, de ter a sua primariedade restaurada, não sendo considerado reincidente, como também de não ter sua pena aumentada com as várias agravantes enumeradas na parte geral do Código Penal brasileiro; entretanto, esse restabelecimento de condições não é pleno, pois o agente, uma vez detentor de antecedentes criminais, jamais tornará a figurar no estado *quo ante*, sofrendo eternamente a mácula que acompanha sua vida devido aos seus *maus* antecedentes.

A escolha do tema recai, portanto, sobre o exame dos antecedentes criminais sob o prisma da inconsistência das teorias tradicionais

que fundamentam o instituto e, em um segundo plano, aumentam sobremaneira a seletividade imposta aos indivíduos, pois, à mercê dos efeitos perpétuos que se apresentam na imposição de etiquetas negativas, a legislação penal se distancia do seu objetivo de ressocializar os entes criminalizados.

2 ANTECEDENTES CRIMINAIS: CONCEITO, HISTÓRIA, TEORIAS E JUSTIFICATIVAS

Antecedentes ou precedentes são todos os atos, episódios, comportamentos ou condutas, próximos ou remotos, positivos ou negativos, da vida individual, familiar, militar, profissional, intelectual e social do agente, que possam interessar, de qualquer modo, à avaliação subjetiva do crime e da personalidade do agente (Bissoli Filho, 1998, p. 59).

Entende-se, portanto, como antecedentes, apenas os fatos anteriores, não compreendendo os registros policiais, judiciais, ações em curso ou quaisquer outros acontecimentos contemporâneos ou posteriores ao crime objeto de consideração pela Justiça Criminal (Toron, 1993, p. 73), embora, antes da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, admitia-se, também, serem levados fatos ulteriores à mostra para aferição do caráter da pessoa processada criminalmente.

Da breve exposição histórica pode-se afirmar com facilidade que os Direitos Penal e Processual Penal e as demais legislações esparsas brasileiras registram metódicas expressas sobre o instituto dos antecedentes a partir da vigência do Código Penal de 7 de dezembro de 1940, oportunidade em que passaram a constar do conjunto de fatores necessários à individualização da pena (artigos 42, 57, inciso II, e 77, inciso I).

É possível mencionar, todavia, que os diplomas legislativos, desde as Ordenações do Reino de Portugal, especificamente o Código Filipino, traziam em seu bojo disposições que revelavam certa preo-

cupação, à época, com a vida anteaecta dos que houvessem praticado algum ato delituoso – malfeitores –, de tal forma que são originárias daquele período as *folhas* ou *folhas corridas*, a saber, documentos que eram expedidos pelos escrivães e tabeliães e levados pelos *corredores de folhas* com o fito de certificarem a ocorrência de crimes em outras escriturarias ou comarcas (Pierangelli, 2001, p. 197-198). Tais disposições reais tratavam de certos cuidados que deveriam ter os *corredores de folhas*, os escrivães, assim como os julgadores, no momento da soltura dos réus, sob pena de pagamento de multas. Nesse mesmo tempo, surgiu o *rol dos culpados*, livro onde são inseridos os nomes, por ordem alfabética, dos agentes condenados pela Justiça Criminal (Pierangelli, 2001, p. 198-199).

O Código Penal do Império e o Código Penal da República, de 1831 e 1890, respectivamente, não traziam disposição alguma acerca dos antecedentes criminais dos indivíduos processados. Somente a Consolidação das Leis Penais, aprovada pelo Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, já sob a influência positivista, consignou, em seu artigo 51, *caput*, a possibilidade da concessão do benefício da suspensão condicional da pena em relação ao acusado, *que não tenha revelado caráter perverso ou corrompido, tendo-se em consideração as suas condições individuais, os motivos que determinaram e as circunstâncias que cercaram a infração da lei penal*. Instituiu-se, também, a revogação do referido benefício *por fato anterior ou posterior à mesma suspensão* (parágrafo 1º do artigo citado) (Pierangelli, 2001, p. 336). São esses, contudo, os registros que precederam e instituíram, na legislação penal brasileira, a conferência de fatos e circunstâncias da vida pregressa do indivíduo julgado ou daquele que se encontra no cumprimento da pena.

Do conceito realçado alhures e consoante o estatuído na atual Lei Penal brasileira, Bissoli Filho (1998, p. 64) e Carvalho (2001, p. 111-112) sintetizam que a antecedência criminal possui como principais características a amplitude, a negatividade, a subjetividade, a relatividade e a perpetuidade.

A amplitude é visível à medida que fatos pretéritos, bons ou maus, envolvendo qualquer espécie de relação do indivíduo podem ser considerados como antecedentes (Bissoli Filho, 1998, p. 64).

No entanto, essa amplitude não é absoluta, pois, como afirma Toron (1993, p. 74), as ações de cunho eminentemente privado do indivíduo, aquelas que de nenhum modo afetam a terceiros, inserindo-se nos domínios da vida privada daquele, também não podem ser levadas em conta para macular os antecedentes de um acusado.

Por conveniência, cabe colacionar a intenção do Constituinte argentino que, ao elaborar a Carta Maior daquela Nação, expressamente consignou, em seu artigo 19: *Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.*

Nesse mesmo aspecto, ressalva o autor supracitado (1993, p. 14), que não se poderá computar na forma de maus antecedentes fatos da vida social como dívidas ou desavenças, há que existir nos autos do processo informes em quantidade e qualidade sérios e idôneos.

A negatividade, por seu turno, é extraída do cotejo entre o conceito de antecedentes emitido pela Dogmática Penal e a situação considerada na prática como pertencente ao grupo dos fatos valorativos da vida do indivíduo.

Assim (Bissoli Filho 1998, p. 64), conquanto o conceito inicial de antecedentes considere como circunstância anterior qualquer ato *positivo* ou *negativo* que revele a conduta e o comportamento criminoso do autor do delito, ou episódios nos quais ele tenha se envolvido, as situações levadas a efeito na rotina da Justiça Penal, por se restringirem basicamente aos fatos anteaectos *policiais* e *judiciais*, acabam por considerar tão somente os *maus* antecedentes, pois os

registros existentes nas repartições públicas, sobretudo nas agências judiciárias e de segurança pública, por via de regra, revelam o envolvimento do indivíduo em fatos considerados *negativos*, deixando-se de considerar as situações que não se situam naquelas reveladoras de acontecimentos, condutas ou comportamentos bons ou ótimos da vida do agente, como, por exemplo: a participação em grupos de apoio e guarda de crianças carentes e desassistidas; prestação de serviços públicos relevantes, como jurado, membro do serviço eleitoral, e atividades comunitárias.

No caso do sistema penal brasileiro, para se atender ao conceito apresentado de antecedentes, faz-se mister seguir o ditado pela doutrina e jurisprudência, ou seja, proceder ao levantamento completo da vida pregressa do acusado em todos os aspectos, inclusive no meio familiar e social, ou, nas palavras de Nelson Hungria, citado por Toron (1993, p. 73), *ao juiz compete extrair-lhe a conta corrente, para ver se há saldo credor ou devedor*.

Em muitas ocasiões, porém, as tentativas de produção de prova testemunhal das ocorrências precedentes positivas do acusado, na maior parcela das vezes são interpretadas de modo impróprio, a ponto de tais testigos receber o jocoso e depreciativo qualitativo de *testemunhas de canonização*, impendendo concluir que para muitos acusadores e julgadores apenas a banda negativa desse instituto importa à aplicação da Lei Penal.

A subjetividade, por sua vez, decorre da extensão dada pela interpretação da natureza metodológica do conceito de antecedentes, permitindo que os fatos da vida anteaacta do agente sejam avaliados por critérios individuais, consoante os valores do avaliador (Bissoli Filho, 1998, p. 64).

O aspecto ora destacado vem nitidamente representado pelas palavras de um juiz do interior do Estado de São Paulo, que, durante a prolação da sentença, assim o apreciou:

Muitos foram os seus envolvimento anteriores com o crime, ainda que em alguns tenha sido absolvido (geralmente por falta de provas).

Um bom cidadão nem sequer é absolvido. Na verdade nem se envolve. É comum ouvir certas pessoas dizerem, como prova de bom cidadão “nunca entrei e nem sei como é uma delegacia de polícia e no Fórum só fui tirar o título de eleitor”. É o meio de nossa sociedade medir o comportamento de uma pessoa. Como não dar valor algum a uma série de arquivamentos de inquéritos e absolvições relativamente a uma mesma pessoa? Não é o Juiz, é a sociedade que diz que tal pessoa não é boa cidadã. Mas, abstraia-se da vida do réu os inquéritos instaurados contra ele e arquivados, bem como todas as absolvições e também os processos em andamento, alguns já com condenação em primeira instância. Ainda assim se encontra a fls. 93 uma certidão dando conta de que foi condenado, com sentença transitada em julgado em 1.6.87, à pena substituta de 10 dias-multa, por infração ao art. 129, caput, do CP. (Estranhamente, no processo respectivo havia sido denunciado por tentativa de homicídio e por fim foi condenado a meros 10 dias-multa. Não faz muito sentido isso porque, ao que parece, o caso deve ter sido grave. Talvez coisas assim tenham estimulado o acusado a continuar com seus desacertos) (TORON, 1993, p. 71).

Vislumbra-se dessa transcrição que o Magistrado paulista, ao indicar o *saber popular* como vetor na tentativa de conceituar bons antecedentes, acredita estar captando, no senso comum, uma fonte definidora *legítima e pura*. Há nessa narração, desde um problema de natureza metodológica, quanto aos dados que podem ser levados em consideração para sua aferição (se o senso comum ou ditames da ciência do direito), até os limites cognitivos do juiz com relação a processos findos.

Em um paralelo entre as dificuldades apontadas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal caminha no sentido oposto ao esboçado na sentença e, para exemplificar, o Ministro Celso Mello, ao relatar o Habeas Corpus nº 68641, do Distrito Federal, julgado em 5.11.1991, assim ponderou:

A submissão de uma pessoa a meros inquéritos policiais, ou a perseguições criminais de que não haja ainda derivado qualquer título penal condenatório, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica para justificar ou legitimar a especial exacerbação da pena. Tolerar-se o contrário implicaria admitir grave lesão ao princípio constitucional

consagrador da presunção de não culpabilidade dos réus ou dos indiciados (CF, art. 5º, LVII). É inquestionável que somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a exacerbação da pena, pois, com ela, descaracteriza-se a presunção “*juris tantum*” de não culpabilidade do réu, que passa, então – e a partir desse momento –, a ostentar o “status” jurídico-penal de condenado, com todas as consequências legais daí decorrentes. Não podem repercutir contra o réu situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário, especialmente naquelas hipóteses de inexistência de título penal condenatório definitivamente constituído.

Do confronto dessas duas linhas de pensamento, retira-se, como bem adverte o Ministro Marco Aurélio, que *o direito é ciência e como tal possui expressões e vocábulos com sentido próprios*, e que o Magistral paulista, em verdade, imagina *ser* o pensamento popular o qual, aliás, nas palavras de Toron (1993, p. 72), pode ser muito elitista.

A relatividade, na sua ótica, tem como consequência as situações consideradas *antecedentes* pelo conjunto elementar do Direito Penal que dizem respeito fundamentalmente a fatos constantes dos registros policiais e judiciais do indivíduo processado. Ocorre que esses dados não são suficientes a revelar se o agente tem bons ou maus antecedentes, porquanto pode ele ter uma vida pontilhada de deslizes, assim como pode acontecer que mesmo que haja praticado algum delito ou possua antecedentes criminais já tenha praticado atos de benemerência ou de elevado e especial valor social (Bissoli Filho, 1998, p. 65).

Nesse contexto, Toron (1993, p. 73), ao proceder à análise da obra *Novas Questões Jurídico-Penais*, de Nelson Hungria, revela duas importantes conclusões:

Em primeiro lugar, a de que a ideia de bons antecedentes não corresponde à de pureza absoluta, apanágio dos santos e de uns poucos cidadãos virtuosos, mas sim a uma valoração positiva, numa escala que vai da apreciação de péssimos antecedentes à de ótimos antecedentes: havendo ‘saldo credor’ há bons antecedentes, por modesto que seja o saldo. Em segundo lugar, a da relatividade dos antecedentes judiciais, que verdadeiramente (até pelo princípio da presunção da inocência) só

podem favorecer uma fração das informações necessárias à composição de um quadro geral da conduta do acusado, a partir do qual se procuraria definir e avaliar seus antecedentes.

Avaliando a prática brasileira, embora a doutrina e a jurisprudência apontem a necessidade da pesquisa da vida familiar e social do acusado, a praxis dos juízes e promotores, salvo raras exceções, é a de verificar somente as ocorrências policiais e judiciais (Toron, 1993, p. 73). De resto, não é ocioso lembrar o qualitativo empregado às testemunhas abonatórias – testemunhas de canonização –, o que dá uma noção da preocupação desses operadores do direito com o instituto dos antecedentes.

Relativamente à antijuricidade, de igual modo, decorre da vastidão do conceito de antecedentes, ou seja, permite que se considere para aferição da existência do instituto, em harmonia com o já demonstrado neste escrito, processos e inquéritos em trâmite ou arquivados, contrariando, dessa forma, os preceitos dos princípios da presunção da inocência, do devido processo legal e da ampla defesa.

Ao tomar como ponto de referência a lição de Weber Martins Batista, Toron (1993, p. 73-74) assegura que:

A simples notícia, não apoiada em qualquer outra prova idônea contra o réu, de inquéritos ou processos em andamento, bem como a de arquivamentos ou absolvições por falta de provas não induzem maus antecedentes.

No caso de inquéritos, porque, a não ser assim, estaríamos considerando o agente culpado sem processo. No dos processos em andamento, porque isso seria antecipar a decisão do juiz competente e fazê-lo sem exame da prova colhida contra o réu. Na hipótese de absolvição por falta de provas – por último – porque isso implicaria em verdadeira revisão criminal contra o réu, feita por autoridade incompetente, sem o devido processo legal, sem o exame da prova e em desconformidade com o mandamento consagrado no inciso LVII do art. 5º da CF.

Nesse mesmo enfoque, Fragoso (1994, p. 322) salienta que processos judiciais anteriores instaurados contra o agente e que tenham conduzido à sua absolvição, são irrelevantes, pois *presume-se a inocência de toda pessoa acusada de crime*.

Além disso, não deveriam ser considerados fatos que não constam da denúncia ou sobre os quais não houve pronunciamento no decorrer da instrução processual, uma vez que o indivíduo não teve a oportunidade de defesa, indo de encontro, como já salientado, aos princípios do devido processo legal e da amplitude de defesa.

Dando seguimento a essa linha de raciocínio, Bissoli Filho (1998, p. 66) assegura que o processo penal brasileiro é estruturado sobre pressupostos que levam o réu a ser julgado pelo fato praticado e não pelos seus antecedentes; estes constituem uma circunstância inerente à sua pessoa, indicadora da personalidade, da conduta social e da sua periculosidade. São, portanto, condições pessoais e não factuais. Não devem, forçosamente, constar da peça acusatória, consoante o Direito Processual Penal brasileiro (artigo 41). Por isso, não pode o agente proceder à defesa de uma circunstância relativa ao seu íntimo se não fizer parte do fato pelo qual está sendo julgado e que não foi incluído na acusação que lhe é formulada, impossibilitando-o de se defender de uma circunstância que é mencionada em seu desfavor; não pode, portanto, esta ser mencionada em seu prejuízo. Para que não se desrespeite o princípio da ampla defesa e para que possa influenciar nas várias instâncias do processo penal, deverão os *maus antecedentes* compor a descrição contida na peça acusativa. Verifica-se, porém, da prática, que, apesar de não serem mencionados na acusação, os antecedentes são considerados em várias ocasiões, produzindo, dessa forma, consequências antijurídicas.

Por fim, no que toca ao último aspecto, tem-se que os antecedentes são perpétuos, haja vista que, diferentemente do instituto da reincidência, não sofrem delimitação pela legislação penal vigente na sua interferência temporal.

Quanto às justificativas do instituto em destaque, são fornecidas por incontáveis correntes, sobretudo a da *teoria da periculosidade presumida* e da *teoria da culpabilidade do ato*.

Para o positivismo ferriano (Carvalho, 2002, p. 112), obtém-se como legado a teoria da periculosidade presumida. A justificativa dessa teoria, não obstante tratar de conceito incompreensível, vago e lacunoso, reduz o homem a uma coisa regida mecanicamente, retirando-lhe sua qualidade de pessoa. Esse modelo teórico difere da estrutura doutrinária da culpabilidade do autor, apesar de ambos estabelecerem julgamentos da vida pregressa do réu. Naquele modelo, a pena e o valor da condenação são voltados para o futuro, na busca da ressocialização, enquanto para esta, a irrogação da penalidade adquire feição meramente retributiva. Já em relação à teoria da culpabilidade do ato, seu critério predomina na justificação do instituto dos antecedentes criminais, aduzindo ser este a reprovação pela recusa ao arrependimento e pelo desprezo ao valor admonitório da condenação anterior. Nesse sentido, a maior intensidade da pena decorre da circunstância de haver o infrator menosprezado a condenação anterior e toda força intimidatória da lei penal; faz do condenado um destinatário especial de ameaças ao vedar-lhe, no caso de cometer novo delito, a distribuição ordenada e sucessiva de benefícios.

Pela observação e pelo direcionamento da rápida análise desses estudos, Carvalho (2001, p. 113) entende que, muito embora o discurso oficial tente ocultar tal justificativa, a teoria que melhor explicita o modelo justificador dos antecedentes é o da teoria criminológica derivada do positivismo, cuja razão decorre não somente da sua agregação com diversos institutos de natureza análoga à antecedência, avaliação de personalidade, conduta social, aos juízos e prognósticos de periculosidade e à classificação tipológica de criminoso, mas pelo próprio esquema discursivo que lhe viabilizou e deu sustentação na reforma da parte geral do Código Penal.

2.1 A preponderância dos antecedentes no Direito Material, Processual e Legislação de Execução Penal

Os antecedentes, como enfatiza Bissoli Filho (1998, p. 67), exercem profunda influência no sistema penal brasileiro que, através do seu aparato normativo (leis materiais, processuais penais e de execução penal), opera de forma explícita e implícita na atuação dos operadores jurídicos penais.

Do breve destaque histórico desse instituto, evidenciou-se que, com o passar do tempo, os antecedentes ganharam espaço no Direito Penal pátrio, sendo funcional ao controle seletivo do sistema. Assim, se nas Ordenações do Reino – Código Filipino – ou no Código do Império pouco importavam os antecedentes na cominação, aplicação e execução da pena, na atualidade, tal circunstância desponta como uma das mais influentes. Além disso, aumentou de forma considerável o interesse de diversas organizações governamentais e não governamentais na sistematização de banco de dados sobre antecedentes – criminais ou não –, inclusive via *internet*, para a estruturação de órgãos específicos pelo Ministério da Justiça e Integração dos Estados da Federação; também através de outros bancos de dados, como, por exemplo, o cadastro de cheques sem provisão de fundos e os órgãos de proteção ao crédito (Bissoli Filho, 1998, p. 68).

Logo, antecedente é uma circunstância que exerce influência expressa na aplicação de vários institutos legais penais e extrapenais, de tal modo que, uma vez sendo o indivíduo estigmatizado com *maus precedentes*, será tratado de forma diferenciada em relação aos demais agentes que estão sob julgamento na Justiça Criminal e não possuem essa marca infamante.

Diante do vasto número de possibilidades e ocasiões em que se admite a influência dos antecedentes do indivíduo pela norma penal, passa-se à breve análise dessas oportunidades, desde a aplicação até o momento da execução da lei criminal.

No Brasil, estabeleceu-se, com a promulgação do Código de 1940, um sistema em que o juiz exerce relativo arbítrio na fixação

da pena, dosando-se de acordo com diversas circunstâncias entre um mínimo e um máximo de pena cominada abstratamente para cada delito (Mirabete, 2001, p. 291). Essas circunstâncias judiciais são dados objetivos e subjetivos, estes últimos são aqueles enumerados no artigo 59, o qual oferece ao aplicador da lei o apoio para firmar a pena-base.

É do cotejo das circunstâncias consideradas antecedentes, como enfatizado, que se poderá depreender se eles são positivos ou negativos e da relação do instituto com as demais circunstâncias previstas no mencionado dispositivo legal, ou seja, em conjunto com a culpabilidade, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias, as consequências do crime e o comportamento da vítima é que se extrai, repita-se, a pena-base.

Mas (Bissoli Filho, 1998, p. 69) ao ser reconhecida a existência de antecedentes que interferem de qualquer forma na aplicação da pena, deverá o julgador fazê-lo de forma fundamentada, sob pena de malferir o princípio da motivação das decisões, insculpido na norma do artigo 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Tal princípio aplica-se aos demais operadores do direito, inclusive aos membros do Ministério Público, consoante dispõe o artigo 43, inciso III, da Lei nº 8.625 de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público).

No que diz respeito à substituição das penas, estabelece a lei a faculdade de o juiz impor a pena pecuniária quando for aplicada pena privativa de liberdade igual ou inferior a um ano, nos termos do artigo 44, parágrafo 2º, do Código Penal, observando-se, em cada caso, os critérios estabelecidos nos incisos II e III, do mesmo artigo, ou seja, desde que o sentenciado não seja reincidente em crime doloso e que as condições judiciais indiquem ser ela suficiente (artigos 44, parágrafo 2º e 60, parágrafo 2º da referida norma) (Mirabete, 2001, p. 277).

A Escola Positiva sempre advogou a abolição das penas privativas de liberdade de curta duração, por concebê-las destituídas de

finalidade, cuidando de organizar, por conseguinte, um conjunto de *substitutivos penais*, que deveriam lhe tomar o lugar nas legislações mais avançadas. O problema das permutações das penas de baixa proporção passou a receber tratamentos vários, tais como: a admoestação, a privação ou suspensão do emprego ou exercício da profissão, o confisco total ou parcial, as prisões domiciliares, o exílio, o trabalho obrigatório, o emprego de multas, o perdão judicial, a suspensão condicional da pena (Bissoli Filho, 1998, p. 69), entre outras espécies cominadas na legislação penal brasileira.

Conforme dispõe a norma material penal, para que as penas substitutivas ou restritivas de direitos possam fazer as vezes das privativas de liberdade, como já aludido, mostra-se imprescindível o cumprimento pelo agente das circunstâncias subjetivas indicadas no artigo 44 que novamente invoca o artigo 59 do Código Penal, e entre elas, ressalta-se, encontram-se os antecedentes.

Dessarte, uma vez sendo detentor de antecedentes considerados desfavoráveis, estará o indivíduo condenado privado de ser beneficiado pelo instituto desprisionalizador em enfoque.

Ainda, dispõe a legislação criminal, sobre a fixação do regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade (artigos 33 a 36 do Código Penal), como também sobre a forma da execução da pena (artigo 112 da Lei nº 7.210 de 1984). No primeiro, achando-se o agente condenado, o juiz, atendendo aos dispositivos que dizem respeito à natureza e quantidade da pena, bem como à reincidência, estabelece, na sentença condenatória, o regime inicial de cumprimento da pena que, em algumas hipóteses, é obrigatório e, em outras, depende do critério de aferição frente às circunstâncias judiciais previstas para a fixação da pena-base que se encontram inseridas no artigo 59 do Código Penal (Mirabete, 2004, p. 324). No segundo, em observância ao princípio da prevenção especial positiva, ou seja, de que a pena visa à ressocialização do apenado, faz-se a sua individualização através de diversos institutos, entre eles o da progressão de regimes de penas que, tendo em vista a sua finalidade – integração

ou reinserção social –, o condenado é transferido de regime mais gravoso a outro menos rigoroso, propiciando ao agente um retorno gradual à vida em liberdade e ao convívio na sociedade, a fim de que não sofra com a mudança de chofre do ambiente social (Bissoli Filho, 1998, p. 70-71).

Recaindo sobre o agente a mácula dos antecedentes, será ele submetido a regime inicial mais rigoroso, enquanto na fase de execução da pena encontrará empecilhos no ensejo da progressão para aquele mais brando.

Noutra banda, são inegáveis os malefícios das penas privativas de liberdade de curta duração. O mais importante ao Estado não é punir, mas reeducar o delinquente e conduzi-lo à sociedade como parte integrante daqueles que respeitam o direito de liberdade alheia, em seu mais amplo entendimento, que é o limite de outro direito. Toda vez que essa recuperação puder ser obtida, mesmo fora das grades de um cárcere, recomendam a lógica e a melhor política criminal, a liberdade sob condições, obrigando-se o condenado ao cumprimento de determinadas exigências (Mirabete, 2001, p. 323).

Após o estudo de diversas formas de se evitar o malefício do encarceramento (Mirabete, 2001, p. 323), a que contou com maior prestígio, sem titubear, foi a da instituição da suspensão condicional da pena. Em síntese, esse instituto, de uma forma geral, dá um crédito de confiança ao indivíduo que delinuiu, estimulando-o a não mais voltar a cometer ilícitos penais, e ainda prevê uma medida profilática de saneamento, evitando, assim, que o agente que cometeu um deslize criminoso fique no convívio daqueles considerados irrecuperáveis.

No sistema jurídico vigente, o instituto desprisionalizador em foco é encontrado nos artigos 77 a 82 do Código Penal e no artigo 11 da Lei de Contravenções Penais e somente é concedido ao condenado à pena privativa de liberdade não superior a dois anos – ou não superior a quatro se o apenado contar com mais de setenta anos – pela prática de crime, ou àquele a quem foi imposta pena de prisão

simples de qualquer duração em caso de contravenção, e desde que não seja reincidente em crime doloso; a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizam a concessão do benefício, desde que não seja indicada ou cabível a substituição prevista no artigo 44 do Código Penal.

Da análise acima, verifica-se que, sendo o agente detentor de antecedentes prejudiciais, estará impossibilitado de ser beneficiado pelo instituto da suspensão condicional da pena.

O instituto da transação penal, que teve ingresso no sistema penal brasileiro com a promulgação da Lei nº 9.099, em 26 de setembro de 1995, também se constitui em um importante mecanismo despenalizador.

Assim, a transação penal, no Direito Penal Positivo e Processual Penal brasileiro, é um meio que possibilita a aplicação imediata, ao autor de uma infração penal de menor porte ofensivo, de uma pena não privativa de liberdade. Está o benefício regulado no artigo 76 da Lei supramencionada, e envolve uma relação bilateral, ou seja, uma proposta principia da parte ativa legitimada para a ação penal pública (o Ministério Público) e a aceitação da parte passiva (o autor de uma infração de menor porte ofensivo), cabendo ao juiz velar pela legalidade da medida e aplicar a pena transacionada, dando-lhe eficácia (Bissoli Filho, 1998, p. 72-73).

Não caberá o benefício, entretanto, se os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias demonstrarem ser insuficiente a adoção da providência (artigo 76, parágrafo 2º, inciso III).

Entre as atribuições elencadas no Código de Processo Penal, a cargo da autoridade policial, na investigação da prática de uma infração penal, encontra-se a juntada aos autos da *folha de antecedentes* do indiciado (artigo 6º, inciso VIII) e a averiguação da *vida pregressa*, sob o prisma individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes, durante e depois do crime e de

quaisquer outros elementos que possam contribuir à apreciação do seu temperamento e caráter (inciso IX do mesmo artigo).

O Código de Processo Penal estabelece, também, segundo Bissoli Filho (1998, p. 73), sobre a lavratura do *boletim individual*, procedida em três vias; a primeira deverá permanecer arquivada no cartório policial; a segunda remetida ao Instituto de Identificação e Estatística ou repartição congênere; e a terceira acompanhará o processo, devendo ser enviada ao mesmo instituto, com os dados finais, após o trânsito em julgado da decisão (artigo 809, parágrafo 3º). De posse das informações, o instituto produzirá a estatística judiciária criminal, que levará em consideração, entre outros, os dados relativos à reincidência criminal e os antecedentes judiciais (artigo 809, *caput*, e inciso V).

Ao final, em relação à suspensão condicional do processo, mais um mecanismo despenalizador que impede a aplicação de qualquer espécie de pena, inserido no Direito Positivo Penal e Processual Penal brasileiro, por meio da Lei nº 9.099/95 (Bissoli Filho, 1998, p. 74), também de natureza bilateral, permite que, presentes determinados requisitos, a parte legítima ativa da ação penal pública, ao oferecer a denúncia, possa formular proposta de suspensão do processo, por dois a quatro anos, à parte passiva, mediante a aceitação, por esta, de delimitadas condições. Diferente da transação penal, a suspensão condicional do processo não o extingue, apenas o suspende pelo prazo assinalado, após o que, somente poderá ser extinta a punibilidade do agente, sem julgamento de mérito, se cumpridas as condições fixadas.

Logo, para que se possa formular a proposta de suspensão do processo, deverão, obrigatoriamente, estar preenchidos certos requisitos, quais sejam, que a pena mínima cominada ao crime seja igual ou inferior a um ano e que o indivíduo *não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (artigo 77 do Código Penal)* (artigo 89 da Lei nº 9.099/95).

Verifica-se aqui que o legislador (Bissoli Filho, 1998, p. 74), ao restringir os antecedentes em um primeiro momento, levando em consideração apenas o fato de o infrator estar sendo processado ou não ter sido condenado por outro crime, no segundo momento, ao remeter à análise dos requisitos da suspensão condicional da pena, autorizou que fossem levadas a efeito outras situações não elencadas a princípio, mas que se encontram inseridas na norma do artigo 77, inciso II, do Código Penal, entre elas os antecedentes.

Feita essa sintética averiguação da influência exercida no sistema penal brasileiro, passa-se à análise crítica do instituto dos antecedentes.

3 ANTECEDENTES CRIMINAIS EM SUA ABORDAGEM CRÍTICA

Repercutem posicionamentos, tanto da doutrina, quanto na jurisprudência, no sentido de que o instituto dos antecedentes é incompatível com o disposto no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e que também colabora com a desvirtuação de determinadas normas penais em vigor no País.

Dos fundamentos do instituto dos antecedentes pela doutrina penal tradicional, denota-se que o Código Penal brasileiro, em seu artigo 59, e decorrente diretamente deste os artigos 33, parágrafo 3º e 78, parágrafo 2º, dispõem sobre a aplicabilidade imediata dos antecedentes como fator relevante ao agravamento da pena, à fixação do regime de cumprimento da reprimenda e à concessão do benefício da suspensão condicional da pena. Isso traduz, à evidência, a vontade do legislador brasileiro em dividir os indivíduos integrantes da sociedade em *disciplinados* e *não disciplinados*, noutras palavras, em aqueles que aprenderam a conviver em sociedade dos que insistem em continuar delinquindo.

Analisando a era iluminista, lembra Zaffaroni (1993, p. 56), o estatuto penal diz que, depois de executada a sanção imposta pela prática de conduta descrita como crime, as pessoas não poderão ser

consideradas como infames, para nenhum efeito, nem ninguém irá jamais lhes reprovar por seu delito passado, que deverá se considerar plenamente purgado e expiado com a pena sofrida.

Nessa conjuntura, Carvalho (2001, p. 109) acrescenta que elogio à codificação é extremamente pertinente, cuja principal virtude diz respeito à negativa de qualquer juízo futuro de cunho negativo ao indivíduo que, uma vez condenado, desde que já tenha cumprido sua pena, não poderá carregar o marco daquela condenação, ou seja, exclui a antecedência criminal, a reincidência e os demais institutos análogos da esfera valorativa do magistrado.

A crítica funcional do instituto, conforme lembra Carvalho (2001, p. 110), assume a assunção do modelo antissecular do direito penal do autor pela criminologia etiológica, o qual revigorará e fundamentará, sob o manto da cientificidade, inúmeros institutos que permitem a subjetivação dos julgamentos, entre eles os antecedentes criminais que, juntamente com os juízos sobre a personalidade e os mecanismos de classificação de criminosos, consubstanciarão a noção maniqueísta de periculosidade. Antecedentes criminais, incluindo a reincidência, e os estudos sobre a personalidade do agente proporcionariam avaliações acerca dessas tendências criminosas.

Segundo Ferri, citado por Carvalho (2001, p. 110):

[...] para a avaliação da periculosidade do delinquente, é necessário ter em conta o seu grau, a sua provável duração e a sua tendência. A vida pregressa indicaria o traço da personalidade do delinquente, correspondendo ao estudo mais relevante para a justiça penal. Desta forma, privar a justiça penal das notícias sobre os precedentes do réu seria impedir ao juiz aquilo que mais lhe interessa para tranquilizar a própria consciência, isto é, o conhecimento da personalidade mais ou menos perigosa do acusado, não só para lhe medir a condenação, mas também para avaliar os indícios sobre sua culpabilidade.

Assim, as formas de averiguação da personalidade e do passado do agente infrator recebem, a cada dia, novas e altamente reformuladas censuras com a superação do antigo modelo criminológico positivista pelo novo paradigma da reação social.

Reforçando essa assertiva, Carvalho (2001, p. 110) diz que: *Desde o enfoque da criminologia da reação social, denuncia-se a admissão legal da averiguação dos antecedentes criminais como mecanismo de reforço das percepções sobre a qualidade do ser, estabelecendo controle pedagógico-disciplinar de extrema carga estigmatizante.*

O rótulo dos antecedentes criminais estabelece marcas infames de perverso, perigoso, entre outras expectativas geradas pelo público, que consome o sistema penal, atuam nitidamente como influência, potencializando o comportamento futuro do indivíduo (Carvalho, 2001, p. 110). Criar-se-ão novos *status* nas relações em sociedade, e o crime é também um *status* (negativo), que tenderão a negar a finalidade oficial da pena, que é a ressocialização.

Questionamentos expostos pela teoria interacionista sobre os efeitos da estigmatização exercida sobre indivíduos foram destacados por Baratta (2002, p. 88):

Os criminólogos tradicionais examinam problemas do tipo “quem é criminoso?”, “como se torna desviante?”, “em quais condições um condenado se torna reincidente?”. Ao contrário, os interacionistas, como em geral os autores que se inspiram no *Labelling Approach*, se perguntam: “quem é definido como desviante?”, “que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?”, “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?” e, enfim, “quem define quem?”.

Nota Anyar de Castro, citada por Carvalho (2001, p. 111), que a mudança nos questionamentos advinda da construção acadêmica das teorias sociológicas norte-americanas propiciou a percepção do papel real operado pelo sistema de criminalização: a) a construção de carreiras criminosas; e b) a consolidação do *status* social negativo do sujeito rotulado como criminoso ou perigoso.

É nessas pesquisas que se avaliou, a princípio, a identidade do desviante e, posteriormente, a do aplicante da etiqueta, ou seja, o primeiro vetor dos estudos discorre

sobre a pessoa em quem se aplica a etiqueta; a outra direção conduz ao problema da definição, da constituição do desvio como qualidade

atribuída a comportamentos e a indivíduos, no curso da interação e, por isto, conduz também para o problema da distribuição do poder de definição, para o estudo dos que detêm, em maior medida, na sociedade, o poder de definição, ou seja, para o estudo das agências de controle social (BARATTA, 2002, p. 89).

Constata-se, por conseguinte, que os antecedentes criminais emanarão de uma averiguação aprofundada em relação à vida antecedente do acusado, não se podendo cingir a um só aspecto isolado.

No que se refere aos efeitos legais dos antecedentes criminais, embora estejam desqualificados teoricamente pela matriz iluminista e desmistificados pela crítica funcionalista do interacionismo simbólico, as valorações sobre a vida pregressa do réu – condenado – continuam a ser objeto de avaliação obrigatória pelo magistrado, tanto para aplicar a pena, quanto para restringir direitos públicos subjetivos.

Essas teorias introduzidas pelas obras clássicas de Emile Durkheim e desenvolvidas por Robert Merton representam a virada na direção sociológica efetuada pela criminologia contemporânea. Constitui a primeira alternativa clássica à concepção dos caracteres diferenciais biopsicológicos do bem e do mal (Baratta, 2002, p. 59). Nesse sentido, a teoria funcionalista da anomia situa-se na origem de uma profunda revisão crítica da criminologia de orientação biológica e caracterológica.

Ao rotular, portanto, determinada pessoa portadora de um passado criminoso – que detém antecedentes criminais –, deixando de considerar esse indivíduo como presumidamente inocente, o sistema de controle social formal produz de imediato alguns efeitos legais.

Corroborando o aludido, Carvalho (2001, p. 114) descreve que, no sistema penal brasileiro os antecedentes criminais: 1. agravam a pena privativa de liberdade (artigo 59, *caput*, do Código Penal); 2. impedem substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se específica em crime doloso (artigo 44, inciso III, do Código Penal); 3. preponderam no concurso de circunstâncias

agravantes e atenuantes (artigo 67 do Código Penal); 4. obstruem o *sursis*, quando ocorre a prática de crime doloso (artigo 77, inciso II, do Código Penal); 5. revogam o *sursis* (artigo 81, do Código Penal) e o livramento condicional (artigo 87 do Código Penal); 6. vedam, em alguns casos, a fixação de regime inicial mais brando para o cumprimento da pena (artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal); 7. impossibilitam a suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei nº 9.099/95), além de impor a inelegibilidade para cargos públicos (artigo 14, parágrafo 9º, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Como prescreve a atual legislação penal, o indivíduo, quando possui antecedentes criminais, fica com a situação eternamente comprometida, à mercê da análise subjetiva do julgador, necessitando, por conseguinte, consoante enfatizam Carvalho, Maia Neto, Zaffaroni, Bissoli Filho, Cernicchiaro, entre outros, ser o instituto revitalizado, pois é indubitável que se constitui uma das maiores máculas ao modelo penal de garantias propostas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar que ao se confrontar o instituto dos antecedentes criminais com o modelo garantista, ele se mostra polêmico e incompatível com os princípios que regem o direito penal democrático e humanitário, uma vez que ao ser a pena exasperada de qualquer forma, configuraria um *plus* para a condenação anterior já passada em julgado. Quando o julgador agrava a pena na sentença posterior, está, na verdade, aumentando a quantia aplicada ao delito anterior, e não elevando a pena do segundo crime (Carvalho, 2001, p. 114).

Bissoli Filho (1998, p. 162), ampliando o universo crítico desde a base teórica de *Labelling Approach*, desconstrói o instituto dos antecedentes, afirmando, ao identificá-lo com o modelo etiológico positivista de Lombroso e Ferri, ser instrumento de verdadeira discriminação social, pois, uma vez detentores de antecedentes criminais, os indivíduos passariam a pertencer a um grupo especial de pessoas,

não semelhantes aos outros cidadãos, sendo diferenciados pelo seu estigma. Na verdade, os antecedentes, especialmente os negativos, ao lado da reincidência, constituem importante fator de diversificação do criminoso dos demais seres humanos, de tal sorte que o indivíduo que registra alguma espécie de antecedentes negativos ou é reincidente criminal, acaba merecendo, da parte do sistema penal, um tratamento variegado, sendo considerado, portanto, pertencente a uma categoria específica. Essa desigualdade visa tornar nítida a linha que separa os *bons* dos *maus*, confrontando-se, assim, com o princípio da igualdade.

Apesar, ainda, da relevância prática da relativização do conceito de antecedentes pela doutrina e jurisprudência, crê-se que a avaliação do instituto merece receber tonalidade constitucional, devido à sua inadvertida e pasteurizada aplicação pelos Tribunais Nacionais.

Entende-se, então, que a avaliação desse instituto deve superar sua mera relativização, alcançando sua absoluta deslegitimação em sede constitucional.

Segundo Carvalho (2001, p. 116), inicialmente é preciso chamar a atenção no sentido de que toda agravação de pena ou negativa de direitos pelos antecedentes criminais constitui violação do princípio do *non bis in idem*. Em consequência, existe profunda antinomia entre o instituto e a intangibilidade da coisa julgada, estabelecida no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nesse comenos, destacam Zaffaroni e Pierangeli (2001, p. 841), *estabelece-se o corolário lógico de que a agravação pelos antecedentes criminais não é compatível com os princípios de um direito penal de garantias, e a sua constitucionalidade é sumamente discutível*.

Todavia, nas palavras de Carvalho (2001, p. 116), *apesar da virtude do argumento, pensa-se que a avaliação pode adquirir maior qualidade substantiva*. A estruturação, pois, do direito penal moderno no princípio da legalidade, decorre do processo laico de rígida separação entre o direito e a moral, e da consequente assunção do delito enquanto moral e natural. O princípio da secularização garan-

te a estrutura desse sistema, segundo Zaffaroni e Pierangeli (2001, p. 841), pois *é um princípio metajurídico, de legitimidade externa do direito penal, cuja caracterização é dada fundamentalmente pela adoção dos modelos republicanos de governo.*

Consoante o princípio supracitado, Carvalho (2001, p. 117) diz que, encontra-se o princípio da secularização incorporado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não consistindo apenas uma metagarantia, mas uma garantia positivada sob o signo dos princípios da inviolabilidade da intimidade e do respeito à vida privada (artigo 5º, inciso X), do resguardo da liberdade de manifestação de pensamento (artigo 5º, inciso IV), da liberdade de consciência e crença religiosa (artigo 5º, inciso VI), da liberdade de convicção filosófica ou política (artigo 5º, inciso VIII), da garantia de livre manifestação do pensar (artigo 5º, inciso IX), do direito de reunião (artigo 5º, inciso XVI) e do direito de associação (artigo 5º, incisos XVII e XVIII).

Por intermédio desse processo, coube ao direito penal restringir a proibição, comprovação e repressão de condutas lesivas a bens jurídicos concretos, imunizando o cidadão de qualquer ingerência na esfera de sua vida privada e de seus pensamentos e no seu modo de ser, excluindo qualquer possibilidade de o direito penal atuar como instrumento de imposição ou reforço de determinada moral.

4 ANTECEDENTES CRIMINAIS: COMO ENFOQUE DO ETIQUETAMENTO

Para Carvalho (2001, p. 118), é notório que a natureza dos antecedentes guarda estreita sintonia com o da reincidência, ou seja, ambos versam sobre graduações valorativas (negativas) da vida pregressa do acusado.

A consideração dos antecedentes, porém, representa gravame penalógico de caráter perpétuo, em total afronta ao princípio constitucional da humanidade, do *non bis in idem* e da presunção de inocência. Dessa forma, de acordo com Carvalho (2001, p. 118),

através do recurso à analogia (artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil), crê-se imprescindível estabelecer, em um primeiro momento, sua temporalidade, fixando prazo idêntico ao do artigo 64, inciso I, do Código Penal (cinco anos após o cumprimento ou extinção da pena) para, em momento posterior, negar sua aplicação em decorrência dos vícios de constitucionalidade, já que maculam também o instituto da reincidência.

Tal limite temporal também é defendido por Grinover, Gomes Filho, Fernandes e Gomes (2002, p. 291). Ei-lo:

Condenação anterior, ainda que já não tenha eficácia para o efeito da reincidência, porque passados cinco anos, mesmo assim, em princípio, impediria a suspensão do processo. De se notar que a lei adotou aparentemente o sistema da perpetuidade. Em casos concretos, essa aparente inflexibilidade pode gerar injustiças flagrantes, a ponto talvez de justificar alguma suavização. Suponha-se alguém que fora condenado há trinta ou quarenta anos por um crime culposo e agora se envolve em outro da mesma natureza. A mácula pretérita acompanhará o sujeito *ad aeternum*? Pensamos que não. Aplicando-se analogicamente o art. 64, I, do CP, cremos que se deva respeitar o limite de cinco anos, consoante o sistema da temporariedade.

Fazendo um paralelo com o ponto de vista esboçado alhures, já se pronunciou a colenda Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão não unânime, sob a relatoria do Ministro Pedro Acioli:

Direito penal. Reincidência. Antecedentes. O artigo 61, I, do CP determina que, para efeito de reincidência não prevalece a 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, evidencia-se a ausência de periculosidade, denotando, em princípio, criminalidade ocasional. O condenado quita sua obrigação com a Justiça Penal. Conclusão é válida também para os antecedentes. Seria ilógico afastar expressamente a agravante e persistir genericamente para recrudescer a sanção aplicada (RHC. 2227-MG, j. em 18.12.1992).

E a decisão proferida pela mesma Sexta Turma daquele Superior Tribunal, sob a relatoria do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, de igual modo, enfatizou:

Penal – Pena – Efeitos – A sanção penal é de efeito limitado no tempo. Vedada a prisão de caráter perpétuo (Const., art. 5º, XLVII, “b”). O cumprimento da pena privativa de liberdade não pode ser superior a 30 anos (CP, art. 75). A extinção da punibilidade, quanto ao tempo, faz cessar os efeitos da condenação: prescrição, decadência, perempção (CP, art. 107, IV). A reabilitação, em parte, também pode ser invocada (CP, art. 93). A reincidência (CP, art. 61, I) é de efeito limitado no tempo (CP, art. 64, I). Também os antecedentes penais não são perpétuos (STJ, 6ª Turma, REsp 67.593-6/SP). Penas de caráter perpétuo têm conceito mais amplo do que prisão perpétua. Caráter, aí, traduz ideia de qualidade, espécie. Toda sanção penal, no Brasil, é de efeito limitado no tempo (RHC 6727-SP, j. em 24.11.1997).

Cabe realçar que em recente decisão proferida no *Habeas Corpus* nº 86.646-8, cujo relator foi o Ministro Cezar Peluso, oportunizou-se a análise da presente questão, momento em que a Procuradoria-Geral da República ofereceu manifestação digna de nota:

[...] De acordo com o preceito do artigo 64, I, do Código Penal, após cinco anos da data do cumprimento ou da extinção da pena imposta pela condenação anterior, esta não mais prevalece, ou seja, perde a sua força de gerar reincidência quanto ao crime subsequente. Deste modo, o agente retorna à qualidade de primário. [...] Dizer-se que perduram os efeitos, sob a perspectiva de Maus antecedentes, quando eliminada a reincidência, data vênha não é trilhar boa razão jurídica, pois que se desconsidera a nódoa – a reincidência –, por completo, não se pode extrair dado remanescente – Maus antecedentes – no que se despiu de qualquer efeito jurídico [...] (p. 3).

A propósito, o referido julgamento vem assim ementado:

PROCESSO CRIMINAL. Suspensão condicional. Transação penal. Admissibilidade. Maus antecedentes. Descaracterização. Reincidência. Condenação anterior. Pena cumprida há mais de 5 (cinco) anos. Impedimento inexistente. HC deferido. Inteligência dos arts. 76, § 2º, III, e 89 da Lei n. 9.900/95. Aplicação analógica do art. 64, I, do CP. O limite temporal de cinco anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal,

aplica-se, por analogia, aos requisitos da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Nessa linha, apresenta Carvalho (2001, p. 119), surgem dois posicionamentos diversos, porém não conflitantes, quanto ao problema do instituto dos antecedentes criminais; ambos fundam-se no horizonte teórico criminológico, especialmente na matriz crítica do paradigma da reação social, que proporciona visão otimizada do funcionamento das agências de controle penal.

A primeira vertente, ao constatar a ação criminógena do cárcere e a ação deformadora da prisão sobre o condenado, propugna inversão absoluta na concepção normativa dos antecedentes criminais enquanto circunstância agravante, ou seja, nas palavras de Cirino dos Santos,

se os efeitos criminógenos da prisão são reconhecidos, então a ineficácia da prevenção especial reduz a execução penal ao terror retributivo. E a questão é esta: se a pena criminal não tem eficácia preventiva – mas, ao contrário, possui eficácia invertida pela ação criminógena exercida –, então a reincidência criminal não pode constituir circunstância agravante.

Essa linha de raciocínio, segundo a analogia, atribui-se, também, ao instituto dos antecedentes criminais.

Necessário seria (Carvalho, 2001, p. 119) reconhecer se o novo crime é cometido após efetivo cumprimento de pena, se já iniciado o processo de deformação e embrutecimento pessoal pelo sistema penitenciário, dever-se-á, então, incluir os antecedentes criminais entre as circunstâncias atenuantes. Já a segunda corrente, representada por Latagliata, considera viável a abolição da agravante exercida pelos antecedentes e de todas as formas de maior gravidade punitiva fundada em delitos anteriores.

Diante das questões apontadas em face do instituto em evidência, Bissoli Filho (1998, p. 219-220) formula, com amparo nas abordagens desconstrutoras técnico-jurídicas e do *Labellig Approach*, algumas propostas em relação à solução para a cessação dos estigmas da criminalização abordados:

1. A abolição (com expressa proibição legal), do instituto dos antecedentes criminais, o qual não passa de um sistema estigmatizante do Direito Penal brasileiro, e ainda de todos e quaisquer bancos de dados existentes, sem a possibilidade de se mencionar qualquer envolvimento do sujeito com a justiça criminal.
2. Em caso de impossibilidade de abolição do referido instituto, seja minimizada a sua influência no sistema penal, em observância aos princípios infraconstitucionais, diminuindo, assim, a sua amplitude, subjetividade e negatividade, evitando-se antijuridicidades e a sua influência perpétua, sendo utilizados apenas como circunstâncias atenuantes.
3. Ainda, se utilizados, em desfavor do acusado, deverão ser respeitados os princípios da ampla defesa, da humanidade, do *non bis in idem* e da presunção da inocência, devendo ser considerados somente após o trânsito em julgado da decisão e mencionados nas peças acusatórias, para que o acusado possa se defender em relação a eles.
4. Aos operadores jurídico-penais, que, em homenagem ao princípio da legalidade, seja evitada a influência dos antecedentes antes que estes recebam rigoroso disciplinamento legislativo. E que, uma vez conscientes da influência implícita do instituto, evitem ampliar o leque de situações nas quais possam influir.

Leite Filho (2000, p. 491) aduz, igualmente ao lecionado no primeiro item por Bissoli Filho, ser descabida a fixação da pena agravada (e das outras restrições aludidas) pela existência de antecedentes com base no referido artigo 59 (no mesmo sentido, artigos 6º e 7º da Lei nº 9.605 de 1998 – Lei Ambiental), desde que o agente seja primário ou que tenha voltado a essa condição, isso pelo uso da analogia perfeitamente aplicável à espécie em virtude de não se tratar de norma incriminadora, além do que, se o agente já veio a demonstrar que dentro de cinco anos está apto a retornar ao *status* de primário, se já pagou sua conta à sociedade, por que não se aplicar o mesmo princípio ao que volta à condição de primário, ou seja, retornar à situação de *sem antecedentes* para usufruir dos mesmos benefícios de primário?

Então, se a pessoa tem o direito de adquirir a condição de primário, deve, também, ter o mesmo direito para a aquisição da condição de *sem antecedentes*.

A otimização do direito penal, moldado a partir do princípio da secularização, é a única possibilidade de resgatar o direito enquanto instrumento de superação de sua própria crise. Esse é o caminho para responder à complexidade social e salvar o futuro do direito penal e o futuro da democracia e, em consequência, abolir definitivamente a desumanização, que está sendo o marco do nosso atual sistema penal brasileiro, pois ele, ao contrário do seu objetivo, só reproduz a violência.

5 CONCLUSÃO

Além do contexto encartado no estudo, deve-se anotar, diante da problemática que acompanha o instituto dos antecedentes criminais, que um deslize na vida de uma pessoa não pode ser capaz de fazer com que ela carregue para sempre a pecha de uma imorredoura consequência.

Não se olvida, ainda, a necessidade do aperfeiçoamento de nossas instituições jurídicas, pois o direito, mormente o direito penal em seu sentido amplo, por ser uma ciência dinâmica, não pode permanecer adstrito às normas pragmáticas e estáticas, sob pena de ficar ultrapassado e afastar-se do seu objetivo principal, que é a ressocialização do indivíduo criminalizado.

Para tanto, nos dias atuais, em que se pleiteia junto às Comissões Legislativas dos órgãos do governo a reforma do Código Penal, essa seria a oportunidade para os estudiosos solucionarem de vez a questão ora apresentada, observando-se as seguintes ponderações:

- a) seja regularizada a carga antijurídica do instituto, vedando quaisquer possibilidades de utilização de inquéritos em trâmite ou arquivados; processos em trâmite, arquivados, em que se procedeu à extinção da punibilidade, transação penal ou suspensão condicional da pena, em cumprimento ou após seu término, bem como demandas penais de cunho eminentemente privado que não afetem de maneira

- alguma terceiros, haja vista que dispõem acerca da intimidade das partes a ela relacionadas;
- b) façam-se as aferições detalhadas das informações acostadas aos autos, com levantamento dos dados da vida antecessa do acusado, inclusive da sua vida familiar, social e profissional, para que se afastem suas características negativas;
 - c) proceda-se à conscientização dos critérios individuais do avaliador, no que se refere aos dados a serem considerados como antecedentes e, assim, sejam minimizados os seus aspectos subjetivos;
 - d) com o uso da analogia *in bonam parte*, seja delimitada, conforme as normas que dizem respeito à reincidência, a amplitude temporal dos antecedentes criminais – cinco anos – após o término do cumprimento ou da extinção da pena;
 - e) a pessoa que adquira a condição de primária também retorne ao *status* de *sem antecedentes* e, caso isso não ocorra, sejam desconsideradas, em eventual delito posterior, as informações advindas do crime precedente, pois, com o cumprimento da sua pena, o indivíduo já quitou sua pendência com a sociedade, deixando-se, assim, de ferir o princípio constitucional do *non bis in idem*.

Observando-se os ditames dos princípios constitucionais e, procedendo-se conforme estabelecido alhures, estar-se-á humanizando o direito criminal, de modo a cumprir, como já exposto, o fim da norma penal, que é o social e as exigências do bem comum, além de, principalmente, levar em consideração o respeito à dignidade da pessoa humana, que não pode ficar ameaçada *ad perpetuam*, de maneira confusa, quanto ao escorregadio passado do agente, pois o tempo é um modo de dissolver o direito, ou também de adquiri-lo – *tempus est modus vel dissolvendi jus / est modus acquirendi jus*.

CRIMINALS ANTECEDENTS: A CRIMINOLOGIC PENALTY OF PERPETUAL CHARACTER

Abstract: The scientific article presents itself in the doctrine and the legislation, where systemized agreements regard the incompatibility of criminal records institute, with some principles of the Brazilian Federative Republic Constitution of 1988, as well as the peculiarities relating to the labeling of marginalized individuals. It has been established, specifically, that however the criminal record institute find support in the constitution, the distortion of brazilian legislation, inserting affects (to the institute) that don't cross with the individualization of the sentence, it opposes human aspects and freedom, concluding to a double valorization of facts. It is shown that the unchanzing criminal records institute seriously wound the principles of innocence supposition, of legality, humanity and mainly of the non bis in idem, where marked individuals will suffer two or more sentences because of bad administration of criminal records.

Keywords: Criminals antecedents. Marks. Perpetual.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. *Constituição da República da Argentina*. Disponível em: <http://www.direito.unisinos.br/~caliando/arquivos/Constituicao_Argentina.doc>.

Acesso em: 29 set. 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 68641-DF, Relator Ministro Celso Mello, Publicado no Diário da Justiça em 5.6.1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>.

Acesso em: 29 set. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 86.646-8, Relator Ministro Cezar Peluso, Publicado no Diário da Justiça em 9.6.2006. Disponível

em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(86646.NUME.%20OU%2086646.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(86646.NUME.%20OU%2086646.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 20 maio 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus n. 2227-MG*, Relator Ministro Pedro Acioli, Publicado no Diário da Justiça em 29.3.1993. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=2227&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=9>>. Acesso em: 29 set. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus n. 6727-SP*, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Publicado no Diário da Justiça em 20.4.1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=6727&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 29 set. 2008.

CARVALHO, Salo de. Reincidência e antecedentes criminais: abordagem crítica desde o marco garantista. *Revista de estudos criminais*, Porto Alegre, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEITE FILHO, Nelson. Antecedentes criminais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 778, p. 489-492, ago. 2000.

MAIA NETO, Cândido Furtado. *Direitos humanos do preso: lei de execução penal; lei nº 7.210/84*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. v. 1.

_____. *Código Penal Interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Código de Processo Penal Interpretado*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

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

TORON, Alberto Zacharias. A Constituição de 1988 e o conceito de bons antecedentes para apelar em liberdade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, p. 70-80, out. 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Reincidência: um conceito do direito penal autoritário*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1993.

_____. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina: primer informe*. Buenos Aires: Depalma, 1984.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.