



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – FAJS
CURSO DE DIREITO – CD

CLÁUDIA MENEZES DE ANDRADE

**A ESTIGMATIZAÇÃO DO DELINQUENTE COM ANTECEDENTES CRIMINAIS E
SUA PERPETUIDADE**

Brasília – DF

2013

CLÁUDIA MENEZES DE ANDRADE

**A ESTIGMATIZAÇÃO DO DELINQUENTE COM ANTECEDENTES CRIMINAIS E
SUA PERPETUIDADE**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso, de Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Profº Msc. José Carlos Veloso Filho.

Brasília – DF

2013

Dedico este trabalho a todos aos operadores do Direito, bem como aqueles que resguardam a boa atuação e aplicação dos direitos individuais e coletivos para o melhor convívio na sociedade.

Agradeço a Deus pela minha vida e aos momentos que me trouxeram até aqui e pelas situações colocadas que me deram sabedoria.

A minha mãe e minha irmã por serem meu porto seguro em todos os momentos.

Ao meu orientador, Dr. José Carlos Veloso Filho, pelo estímulo.

Resumo

O presente trabalho monográfico analisa a (in)Constitucionalidade da circunstância judicial dos *maus* antecedentes criminais, presente no momento da fixação da pena-base, constituído pelo artigo 59 do Código Penal, confronto entre os princípios constitucionais e a ocorrência da estigmatização do acusado com a presente circunstância. Será abordado inicialmente os princípios constitucionais e as garantias que devem ser resguardadas pelo legislador no momento da elaboração de uma norma incriminadora. Em um segundo momento será feita a análise do artigo 59 do Código Penal e as circunstâncias judiciais subjetivas como meio de melhor individualizar a pena. Por fim, será feita uma análise do confronto gerado entre os *maus* antecedentes e os princípios constitucionais penais que, de certa forma, rotulam de caráter perpétuo o acusado que quando não considerado mais reincidente este será considerado primário, entretanto a titularidade “primário” não será vigorada para aqueles que possuem *maus* antecedentes, configurando a perpetuidade.

Palavra-chave: Direito Penal – *maus* antecedentes – Violação aos princípios Constitucionais.

Sumário

Introdução	7
1.1. Garantias Constitucionais	12
1.1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana	13
1.1.2. Princípio da personalidade ou da responsabilidade pessoal (art. 5º, XLV).	15
1.1.3. Princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF).	16
1.1.4. Princípio da presunção de inocência.	20
1.1.5. Princípio da proporcionalidade.	23
1.1.6. Princípio da vedação da dupla punição pelo mesmo fato ou <i>bis in idem</i>	25
1.2. Aplicação dos princípios Constitucionais na pena: forma limitadora da atuação do Estado.	26
2. Aplicação da pena: Interpretação do art. 59 do Código Penal.	29
2.1. Interpretação dos aspectos subjetivos do art. 59 do CP na cominação da pena	31
2.1.1. Culpabilidade.....	31
2.1.2. Conduta social.....	32
2.1.3. Personalidade do agente.....	33
2.1.4. Motivos do crime	34
2.2. Aplicação dos <i>maus</i> antecedentes criminais na pena-base	35
2.3. Caráter da reincidência	37
3. Confronto entre os antecedentes criminais e os princípios Constitucionais.	40
3.1. Da presunção da Constitucionalidade do art. 59 do Código Penal.	42
Conclusão	44
Referências	47

Introdução

Podemos falar em *maus* antecedentes criminais após a edição do Código Penal de 40, que é utilizado como circunstância judicial subjetiva para a “melhor” individualização do acusado. Essa circunstância é encontrada no artigo 59 do Código Penal atual e utilizada pelo magistrado, de forma justificada, no momento da cominação da pena-base, onde aquele que possui o intitulado “maus antecedentes” irá ter a sua pena-base acima do mínimo legal.

Com base na análise da aplicação da pena, o réu somente será considerado reincidente se durante os cinco anos do trânsito em julgado da sentença condenatória cometer novos fatos tachados ilícitos, típico e culpável, após esse tempo, será considerado com *maus* antecedentes criminais. Após transgredido o período de cinco anos da reincidência, o acusado terá a sua primariedade restaurada. Entretanto, ocorre a dificuldade em se falar réu primário, uma vez que essa condição não é plena já que a reincidência macula como *maus* antecedentes criminais.

Nesse íterim, a doutrina indica várias formas da aplicação dos antecedentes criminais ocorrendo dois entendimentos complexos e análogos desse dispositivo da presente pesquisa monográfica. Acontece que, o legislador ao inserir a presente circunstância judicial, não utilizou de critérios e garantias para o cidadão, como a dignidade humana, e nem observou de princípios constitucionais para a instauração dos antecedentes criminais.

Os magistrados vêm utilizando essa circunstância de forma irregular e sem um critério rígido de avaliação. Ocorre que, em diversas partes do país, e até mesmo na mais alta Corte, as princípios constitucionais e a Súmula 444 do STJ não são obedecidas de forma que o réu seja punido pelo delito que foi cometido, não é considerado inocente ante um arquivamento de processo ou inquérito policial, é condenado de forma perpétua, não atende ao *non bis in idem*.

Assim, no primeiro capítulo, a pesquisa se concentra na análise e conceituação dos princípios fundamentais elencados na Constituição Federal de forma a se concentrar nos princípios resguardados para o Direito Penal e direito do acusado.

No segundo capítulo, analisa-se, de forma criteriosa, o artigo 59 do Código Penal e as circunstâncias judiciais tidas como subjetivas. São cinco circunstâncias judiciais ditas como subjetivas para a análise de forma a individualizar melhor a pena.

Finalmente, no terceiro e último capítulo, uma análise e junção dos princípios constitucionais e as circunstâncias judiciais de forma analítica e crítica sobre o afronta aos antecedentes criminais. A forma mal utilizada e a ocorrência da estigmatização do preso perante o poder judiciário e conseqüentemente a sociedade. Entretanto há uma parte dividida da doutrina acerca do assunto e como a utilização por meio da analogia é utilizada no direito contemporâneo com o elemento da reincidência.

Assim, essa monografia busca sustentar o confronto dos antecedentes criminais com os princípios constitucionais e como essa ocorrência termina que perdurando de forma perpétua.

1. Princípios constitucionais: normas fundamentais.

O Estado democrático de Direito é associado à garantia de direitos fundamentais. Após a Revolução Francesa de 1789, procurou-se associar-se às Constituições, vigentes à época, os princípios fundamentais, cujo objetivo era a libertação do homem cidadão do feudalismo e absolutismo¹. Assim, como forma de demonstrar o objetivo do governo em relação à Constituição escrita, qual seja, a garantia do indivíduo em uma reação autônoma de ação, dessa forma, ficava delimitado o poder de ação do Estado sobre o indivíduo².

Aos poucos ocorreram mudanças na relação do Estado com a do indivíduo, vindo aí, novos direitos fundamentais, tanto aos indivíduos quanto aos grupos sociais - direitos inabaláveis -, que por sua vez, ensejaria conteúdo positivo para que o Estado tivesse que prestar. Contudo, reconheceram a importância desses direitos, e com o passar do tempo, permaneceu certo e imprescritível como uma das metas do Constitucionalismo³.

O conteúdo e o significado dos direitos fundamentais estão ligados, também, a fatores extrajudiciais, quais sejam, a formação histórica e cultural de determinada sociedade. Eles estão inseridos a partir da interpretação da evolução de gerações que recepcionaram esses direitos para um Estado democrático, tendo aí como um direito único e indivisível⁴. “Cada direito de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dá-se a compreensão⁵.”

Para a Constituição pátria de 1988, os direitos fundamentais estão resguardados no Preâmbulo, onde a Assembleia Constituinte, para instituir um Estado Democrático de Direito assegura o “exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e

¹ CARVALHO, Paulo Barros, 1938 - Curso de direito tributário. 13ª Ed, rev. e atual. - São Paulo, 2000. p. 157

² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, 1934 - Curso de Direito Constitucional. 35ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 288.

³ Ibidem. p. 288.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional /Gilmar Mendes Ferreira, Inocêncio Mártins Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5ª Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva 2010. p. 310.

⁵ Ibidem. p. 310.

internacional, com a solução pacífica das controvérsias”. Assim, o entendimento do direito fundamental é de extrema importância para a interpretação da Constituição⁶.

Há, entretanto, condições suficientes de afirmar que as pessoas que vivem em uma sociedade democrática de direito são titulares de direitos fundamentais, que como ser humano possuem essas condições para tal titularidade. Contudo, há condições fundamentais que somente são titulares aquelas pessoas que possuem condições especiais para tal recepção, ou seja, por possuírem, dentro da sociedade, características sociais que podem ter condição para ser resguardado o seu direito fundamental com a atuação do Estado⁷.

O entendimento até agora, e de um direito fundamental subjetivo, para a adoção de determinado comportamento ou expressar no poder da vontade para determinadas relações jurídicas. Contudo, há o direito fundamental objetivo que resulta em significado dos "direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional⁸".

Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para ação de todos os poderes constituídos⁹.

Essa divisão dos direitos fundamentais objetivos e subjetivos, foge ao individualismo que o direito subjetivo emprega, posicionando um respeito para o bem tutelado, para que seja visto como um valor em si. Contudo, o Estado deve adotar medidas, de caráter penal, para a proteção desses direitos fundamentais¹⁰.

Os conceitos de normas fundamentais e princípios constitucionais estão diretamente ligados, mas possuem entendimentos diferentes entre si: as normas são derivadas do direito positivo. Toda essa análise que é feita do direito

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional /Gilmar Mendes Ferreira, Inocêncio Mártins Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5ª Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva 2010. p. 307.

⁷ Ibidem. p. 316.

⁸ Ibidem. p. 343

⁹ Ibidem. p. 343

¹⁰ Ibidem. p. 344

positivo possui um resultado de uma reação intersubjetiva, ou seja, esse conjunto de normas e interpretações surgem para regular a relação da vida social¹¹.

Daí dizer-se que o Direito não interessa os problemas intersubjetivos, isto é, da pessoa para com ela mesma, a não ser na medida em que esse elemento interior subjetivo corresponda a um comportamento exterior objetivo¹².

Os princípios constitucionais, desse modo, são decorrentes de algumas normas constitucionais e que são derivadas de normas constitucionais fundamentais. Denotam, assim, a grandiosa importância para serem consagrados como princípios definidores da estrutura do Estado¹³. “Princípios fundamentais visam essencialmente definir e caracterizar a colectividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais¹⁴.”

Portanto, as normas fundamentais emanam do Direito Constitucional positivo, que tem por função esculpir os valores políticos fundamentais do legislador constituinte¹⁵.

Na Constituição da República Federativa do Brasil, há direitos fundamentais - com a interpretação de princípios fundamentais, do direito fundamental positivado -, implícitos e explícitos: os implícitos são aqueles que observados a partir de um critério material, substancial que não está no rol de direito imediato ou mediato para atuação, mas recepcionados por tratados; explícitos que estão na Constituição Federal¹⁶.

“Toda legislação positiva pressupõe certos princípios gerais do direito”. Há alguns princípios básicos do direito que, foram recepcionados de forma ampla pelo direito romano-germânico, constituindo a formação dos direitos jurídico-

¹¹ CARVALHO, Paulo Barros, 1938 - Curso de direito tributário. 13ª Ed, rev. e atual. - São Paulo, 2000. p. 2.

¹² Ibidem. p. 2.

¹³ SILVA, José Afonso da, 1976 - Curso de Direito Constitucional Positivo. 34ª Ed, rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 67 de 22.12.2010) - São Paulo, 2011. p. 93.

¹⁴ Ibidem. p. 94.

¹⁵ Ibidem. p. 95.

¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, 1934 - Curso de Direito Constitucional. 35ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 296/298.

penais por sua formação histórica e a sua função social. Esses princípios constituem uma importância para compreensão das normas positivas¹⁷.

Tais princípios básicos, embora reconhecidos ou assimilados pelo direito penal, seja através de norma expressa (como por exemplo princípio da legalidade – art. 1º do CP) seja pelo conteúdo de muitas normas a eles adequadas (como por exemplo o objetivo da integração social na execução pena – art. 1º da LEP – com relação ao princípio da humanidade), não deixam de ter um sentido programático, e aspiram a ser a plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o direito penal de um Estado de direito democrático¹⁸.

1.1. Garantias constitucionais

As garantias visam vedar a atuação do Poder Público que violariam direitos reconhecidos, seriam elas barreiras contra a atuação do Estado em direitos que reconhecem o direito do indivíduo¹⁹, ou seja, as garantias são meios que asseguram o direito, as vantagens e bens que são oferecidos pelo direito²⁰, em outras palavras, as garantias fundamentais asseguram ao cidadão requerer do Poder Público o respeito aos direitos fundamentais, que estão, em grande maioria, recepcionado pelo artigo 5º da Constituição como, por exemplo, normas do direito processual penal (outorgando direitos subjetivos)²¹.

A expressão 'garantias fundamentais' é, toda via, também tomada no sentido de 'remédios constitucionais' (v., adiante, o Cap. 33). Há neste caso uma figura de linguagem, pois, rigorosamente falando, esses remédios são a garantia das garantias, são a via judicial destinada à proteção das regras que protegem os direitos fundamentais²².

Na Constituição, têm elencadas algumas normas, que não asseguram direitos, mas que rotulam determinadas condutas como crime. De tal

¹⁷ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 12ª Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 59

¹⁸ Ibidem. p. 59

¹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, 1934 - Curso de Direito Constitucional. 35ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 293.

²⁰ SILVA, José Afonso da, 1976 - Curso de Direito Constitucional Positivo. 34ª Ed, rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 67 de 22.12.2010) - São Paulo, 2011. p. 413.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional /Gilmar Mendes Ferreira, Inocêncio Márties Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5ª Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva 2010.p. 346

²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *ob. cit.* p. 294.

forma, legitima o Estado a assegurar os direitos fundamentais contra agressões de terceiros²³.

Vale ressaltar “que as garantias constitucionais são também *direitos*, não como outorga de um bem e vantagem em si, mas *direitos-instrumentais*, porque destinados a tutelar um *direito principal*”²⁴.

1.1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

Para a organização em sociedade, há a busca incessante pelo justo social e normativo, que seja no justo individual, remetidas nas condutas individuais, seja no justo coletivo que destaca-se por uma justa organização social²⁵.

A ideia de justo vem junto com uma esperada expectativa tornando-se difícil a sua conceituação. Essa ideia de justiça evoluiu de acordo com a dialética de subjetivo e objetivo na experiência social. Deve-se, portanto, no entendimento de Orlando Gomes, entender que a ideia de justiça está ligada a um conceito flexível, pois está conectada, de uma forma histórica, nos moldes do ambiente histórico, político e social²⁶.

Por sua vez, o debate sobre a legitimidade do ordenamento jurídico remete à necessidade de fundamentar o Direito em padrões valorativos ou estimativas sociais, perquirindo as possibilidades de materialização da justiça. Direito justo é, portanto, o sinônimo de direito legítimo, porque capaz de espelhar, em certo ambiente histórico-cultural, os valores tendentes à concretização do valor do justo numa dada comunidade humana²⁷.

Por todo entendimento, deve-se aceitar que o direito deve ser justo, pois não haveria no que falar em respeitar os preceitos ou comandos normativos. “O

²³ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional /Gilmar Mendes Ferreira, Inocêncio Márties Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5ª Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva 2010. p. 686.

²⁴ SILVA, José Afonso da, 1976 - Curso de Direito Constitucional Positivo. 34ª Ed, rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 67 de 22.12.2010) - São Paulo, 2011. p.418

²⁵ SOARES, Ricardo Maurício Freire. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 23

²⁶ Ibidem. p. 23

²⁷ Ibidem. p. 24.

problema de justiça é o problema de correspondência ou não da norma jurídica aos valores últimos ou finais que inspiram um dado ordenamento jurídico”²⁸.

Hoje, podemos afirmar que houve uma mudança de paradigmas jurídicos em que restou a reaproximação do direito, ética e justiça, e também a inserção dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico tais como os direitos fundamentais que estão consagrados na Constituição de 1988, incorporando representações de valores da liberdade, igualdade e dignidade de todos os seres humanos²⁹.

A dignidade da pessoa humana é um princípio que está acima de qualquer outro direito fundamental e essencial a qualquer cidadão, atraindo qualquer outro direito para si, buscando, de certo modo, uma justiça social³⁰.

“A importância do princípio da dignidade da pessoa humana é inconteste no atual quadro evolutivo das sociedades humanas”, talvez esse entendimento seja um dos poucos consensos teóricos do mundo atual. O sistema constitucional brasileiro também teve influência na teoria da liberdade, por meio da dignidade intrínseca que surgiu em advento à Constituição de 1988 pós-ditadura³¹.

Conforma assinala Luís Roberto Barroso, na Constituição Federal de 1988 o princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado ao patamar de fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), integrando a categoria dos princípios fundamentais do Título I da Carta Magna, ao lado de outros importantes cânones ético-jurídicos correlatos, a saber: a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o princípio republicano (art. 1º); princípio da separação dos Poderes (art. 2º); os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil – construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º); e princípios que orientam as relações internacionais, como a prevalência dos direitos humanos (art. 4º)³².

²⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24

²⁹ Ibidem, p. 122.

³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 19ª Ed. rev., ampl., e atual. São Paulo, Saraiva, 2013. p.69.

³¹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Ob. cit.*. p. 135

³² Ibidem, p. 135

O entendimento expresso pelo constituinte de 1988 interpretou o princípio da dignidade da pessoa humana à ideia de qualidade da norma, para a orientação do rol do princípio dos direitos fundamentais expresso no art. 5º da Constituição Federal de 1988, tais como direito individuais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Conseqüentemente estende esse entendimento aos demais artigos e princípios apresentados pela Carta Magna pátria apresentando-se como princípio ético-jurídico de interpretação de direitos e garantias expressos na Constituição e também a tratados internacionais³³.

1.1.2. Princípio da personalidade ou da responsabilidade pessoal (art. 5º, XLV).

Recepciona no art. 5º, XLV da Constituição Federal que “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”, dessa forma, recebeu a Constituição Federal de 1988 que aquele que teve o seu bem jurídico lesado pela conduta criminosa, será devidamente indenizado pelos os sucessores do condenado, como forma de garantia civil³⁴.

Cuida ressaltar que o art. 5º, XLV da Constituição Federal diz respeito ao caráter pessoal da pena, “prevendo que a lei poderá dispor sobre a obrigação de reparar e sobre a decretação de perdimento de bens”, que ocorrerá somente no limite dos bens transferidos aos herdeiros³⁵.

Contudo, representa um grande avanço, onde nos tempos primitivos, os grupos familiar e social arcavam com a pena, sendo de forma ilimitada. Assim, atualmente, somente o condenado pode sofrer a sanção penal, mas a indenização –

³³ SOARES, Ricardo Maurício Freire. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 136.

³⁴ TELES, Ney Moura. Direito penal: parte geral: arts. 1º a 120, volume 1. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 46.

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional /Gilmar Mendes Ferreira, Inocêncio Márties Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5ª Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva 2010. p. 703.

reparar o dano causado – é uma sanção civil, podendo ser estendida aos seus sucessores e executada até o limite de o patrimônio transferido³⁶.

“Se o condenado por crime contra o patrimônio vier a morrer logo após a sentença condenatória irrecorrível, o prejuízo sofrido pela vítima poderá ser cobrado dos sucessores do infrator da norma penal, que estarão obrigados a indenizar o credor, observando o limite do patrimônio que tiverem recebido. Se tiver sido transferido valor inferior ao da indenização, o credor só poderá executar o valor da importância transferida. Se nada tiver sido transferido, nada poderá ser cobrado³⁷”.

Dessa forma, não tem a pena uma forma de reparação econômica quanto ao delito cometido, ou seja, a reparação quanto à família da vítima ao dano sofrido³⁸.

“Entre nós a Lei nº 7210 de 11.07.1984 (Lei de Execução Penal) prevê em seu artigo 22, XVI incumbir ao serviço social “orientar e amparar, quando necessário, à família do internado e da vítima”. E no artigo 29, parágrafo 1º letra “b” ordena que o produto da remuneração do trabalho do preso deverá atender, dentre outros objetivos, “a assistência à família³⁹”.

1.1.3. Princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF).

Estabelece no art. 5º, XLVI da Constituição que a pena deve ser estabelecida para cada delincente, na exata medida do crime que ele cometeu: “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”, de toda forma, o legislador não definiu o que seria individualização da pena⁴⁰.

A lei deverá estabelecer parâmetros quanto à violação da norma pelo agente, ou seja, o fato ilícito praticado pelo agente deverá ter peculiaridades,

³⁶ TELES, Ney Moura. Direito penal: parte geral: arts. 1º a 120, volume 1. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 47.

³⁷ Ibidem. p. 48.

³⁸ LUIZI, Luis. Os princípios Constitucionais Penais. 2 Ed. rev. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 51.

³⁹ Ibidem. p. 52

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral. 7ª Ed. ver., atual., e ampl.,. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.86

características próprias que atente aos aspectos objetivos e subjetivos para a individualização⁴¹.

Não teria sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que prática de idêntica figura típica não é o suficiente para nivelar dois seres humanos. Assim, o justo é fixar a pena de maneira individualizada, seguindo-se parâmetros legais, mas estabelecendo a cada um o que lhe é devido⁴².

Em verdade, a aplicação do princípio da individualização da pena foi ampliada após longa discussão na Suprema Corte, que entendeu que esse princípio visa ao agente causador do fato e não o delito em si⁴³.

Para a individualização da pena é dado exclusivamente ao Legislador a função de determinar a cominação pura da abstração, as penas respectivas e definir como será executada a pena em detrimento da natureza do delito que foi praticado⁴⁴.

Contudo, é tarefa do legislador definir os vários comportamentos humanos que considera a ação da pessoa como crime, estabelecendo as penas com quantidade e qualidade diferentes⁴⁵.

O Legislador se orientará pela importância dos bens jurídicos e pela gravidade do ataque contra eles perpetrados, estabelecendo, para cada comportamento considerado criminoso, uma qualidade e uma quantidade de pena, que será de maior severidade, conforme seja mais importante o bem e mais grave o ataque contra ele efetuado⁴⁶.

Não é dado ao julgador livre escolha para a cominação da pena, deverá ele verificar qual a qualidade e quantidade da pena cominada na lei. Para ser fixada a pena concreta, deverá o juiz analisar a situação do infrator da norma, sendo que tal pena não poderá ser além nem aquém do necessário para reprovar e prevenir o crime⁴⁷.

⁴¹ TELES, Ney Moura. Direito penal: parte geral: arts. 1º a 120, volume 1. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 41.

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral. 7ª Ed. ver., atual., e ampl.,. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.86.

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional /Gilmar Mendes Ferreira, Inocêncio Márties Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5ª Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva 2010. p. 710

⁴⁴ Ibidem p. 711

⁴⁵ TELES, Ney Moura. *Ob. cit.* p. 42.

⁴⁶ Ibidem. p. 42.

⁴⁷ Ibidem. p. 43.

Esse princípio constitucional visa dar ao magistrado maior vigor quanto à dosimetria da pena, a sua decisão em relação à aplicabilidade da sanção. É dado ao magistrado, também, a forma de aplicabilidade do regime prisional, ou seja, a forma que será a sua execução de acordo com o caráter subjetivo do réu⁴⁸.

Assim, esse conceito não está mais restrito apenas ao processo de fixação *in abstracto* por parte do legislador e *in concreto* por parte do juiz, quando da aplicação da sanção, mas abrange também a própria execução da pena⁴⁹.

A individualização da pena deve ser aplicada de acordo com os limites da lei, enquanto que a forma prisional - forma que será executada o cumprimento da pena - também deve ser individualizada de acordo com a natureza do delito, sexo do agente e a idade. É, contudo, uma garantia fundada em um direito subjetivo⁵⁰.

Assim, a compreensão da individualização da pena representa que, haverá a proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstrata cominada, a individualização da pena em relação ao ato ilícito praticado pelo agente em concreto, a individualização no momento de determinar a forma de execução da pena e por último, e não menos importante, o comportamento do condenado no cumprimento da pena e seu direito a progressão⁵¹.

Dessa forma, entende o STF:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional /Gilmar Mendes Ferreira, Inocêncio Mártins Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5ª Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva 2010. p. 715

⁴⁹ Ibidem. p. 715

⁵⁰ Ibidem. p. 712

⁵¹ Ibidem. p. 712

balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.

3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convalidação em causa, na concreta situação do paciente.⁵²

⁵² Julgado do STF: HC 97256/RS; HABEAS CORPUS; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Relator(a): Min. AYRES BRITTO; DJe 15/12/2010.

Posto isso, é justo fixar a pena de acordo com a individualização, ou seja, visando o que cada delinquente, o seu delito e suas características subjetivas, dentro dos parâmetros legais⁵³.

1.1.4. Princípio da presunção de inocência.

Estabelece na Constituição Federal no art. 5º, LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Esclarece a Carta Magna que nenhuma condenação ao cumprimento de pena será aplicada sem que seja provada a culpabilidade do agente provando, assim, a sua participação ou atuação em um fato típico e antijurídico⁵⁴.

Segundo Miguel Reale, para que se configure o delito, há necessidade que apresente uma estrutura tridimensional – com os quais possui elementos constitutivos por tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade –, sendo elementos essenciais que constituem uma síntese incindível em que esses componentes se inter-relacionam e se completam para formação do referido delito, ou seja, interpretando Miguel Reale, há necessidade de que apresente a culpabilidade na ação do agente para que fique demonstrado o delito⁵⁵.

Em verdade, ainda no entendimento de Miguel Reale, visa o aspecto objetivo da culpabilidade, o enquadramento do delito à norma tipificada, não vigoram a intenção do agente, quanto aos seus elementos subjetivos, assim, tendo em vista a ação culposa⁵⁶.

Contudo, há também, a recepção, pelo Direito Penal, do aspecto subjetivo que é caracterizado pelo dolo ou culpa do agente – se teve ou não a intenção de praticar determinado delito⁵⁷.

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral. 7ª Ed. ver., atual., e ampl.,. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.86

⁵⁴ LUIZI, Luis. Os princípios Constitucionais Penais. 2 Ed. rev. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 37.

⁵⁵ Ibidem. p. 291/292.

⁵⁶ Ibidem. p. 295.

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Ob. cit.* p.89

O princípio da presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade, estabelecida pela Constituição, resguarda que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória⁵⁸.

Esse princípio, enquanto postulado universal de direito, referido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, teria sido incorporado à ordem constitucional brasileira, através da cláusula constante do art. 153, § 36, da Constituição de 1967/69⁵⁹.

Assim, entende-se que o princípio da presunção de inocência – princípio esse que está expresso de forma implícita na Constituição Federal –, é meio impeditivo para que o denunciado ou investigado sofra consequências jurídicas antes do trânsito em julgado⁶⁰.

Neste sentido, entendeu o STF:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional /Gilmar Mendes Ferreira, Inocêncio Mártins Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5ª Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva 2010 p. 734.

⁵⁹ Ibidem. p. 735.

⁶⁰ Ibidem. p. 737.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente".

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que

somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.⁶¹

Posto isso, foi editada a súmula 444 do STJ, que está em consonância com o art. 5º, LVII da Constituição Federal: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. Neste sentido, até que se transite em julgado a sentença penal condenatória, inquéritos policiais e processos ainda em curso, não podem agravar a situação do réu, ou seja, não podem agravar a sua pena-base⁶².

Ao tentar demonstrar, pela doutrina tradicional, que a vida pregressa, quais sejam, os antecedentes e a conduta social do réu, pode ficar demonstrada por inquéritos policiais, termos circunstanciados de ocorrência e antecedentes infracionais não merecem prosperar, pois foge ao entendimento aplicado pelos tribunais e pelo próprio Supremo Tribunal Federal que é o da Súmula 444 do STJ⁶³.

1.1.5. Princípio da proporcionalidade.

Resguarda na Constituição Federal no art. 5º XLVI, que caberá ao réu o merecimento de cada pena de acordo com o crime e fixação da pena que foi estabelecido⁶⁴.

Como tal, trás a ideia de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins, servindo de interpretação para todo o ordenamento jurídico. Assim, tal princípio

⁶¹ Julgado do STF: HC 84078/MG; HABEAS CORPUS; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Relator(a): Min. EROS GRAU; DJe 25/02/2010. Acessado em 20 março de 2013.

⁶² COSTA, André de Abreu. Comentários à Súmula 444 do STJ. O que conta e o que não conta na fixação da pena base, no tocante aos antecedentes e à conduta social. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2844, 15abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18908>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

⁶³ COSTA, André de Abreu. Comentários à Súmula 444 do STJ. O que conta e o que não conta na fixação da pena base, no tocante aos antecedentes e à conduta social. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2844, 15abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18908>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral. 7ª Ed. ver., atual., e ampl.,. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 p.89

possui uma ligação com os direitos fundamentais que dão suporte para a sua realização⁶⁵.

Essa interdependência se manifesta especialmente nas colisões entre bens ou valores igualmente protegidos pela Constituição, conflitos que só se resolvem de modo justo ou equilibrado fazendo-se apelo ao subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*, o qual é indissociável da ponderação de bens e, ao lado da *adequação* e da *necessidade*, compõe a *proporcionalidade em sentido amplo*⁶⁶.

O princípio da proporcionalidade deve ser, de toda forma, analisado de acordo com cada caso concreto estando de acordo entre o objeto e o método, realidade e norma, para recíproco esclarecimento, aproximação e explicitação⁶⁷.

Esse princípio apresenta de forma implícita na Carta Magna, pois o citado artigo e inciso resguarda o direito que o preso tem para o cumprimento da pena na proporcionalidade da aplicação da repressão⁶⁸.

Significa que as penas devem ser harmônicas com a gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero, nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das penas nos tipos penais incriminadores⁶⁹.

Tal princípio tem como escopo função limitadora de toda a legislação infraconstitucional, não apenas situada na interpretação do julgador, ou seja, seria esse princípio um vínculo constitucional estabelecido limitando o poder estatal⁷⁰.

De qualquer forma, um juízo definitivo, sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito)⁷¹.

Por último, vale ressaltar que, o princípio da proporcionalidade deve estar em equilíbrio abstrato e concreto – na gravidade determinada pela lei e o justo

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional /Gilmar Mendes Ferreira, Inocêncio Mártins Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5ª Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva 2010. p. 143.

⁶⁶ Ibidem. p.143

⁶⁷ Ibidem. p. 143

⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral. 7ª Ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.89

⁶⁹ Ibidem. p. 89

⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 19ª Ed. rev., ampl.,e atual. São Paulo, Saraiva, 2013. p. 68.

⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 3ª Ed. São Paulo. Saraiva 2004.p. 50.

penal –, e aplicado mediante um juízo de ponderação entre “carga coativa” da pena e o fim almejado no momento da aplicação da pena⁷².

Enfim, é indispensável que os direitos fundamentais do cidadão sejam considerados indisponíveis (e intocáveis), afastados da livre disposição do Estado, que, além de respeitá-los, deve garanti-los⁷³.

1.1.6. Princípio da vedação da dupla punição pelo mesmo fato ou *bis in idem*.

Assegura na Constituição de 1988 que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, revela o princípio da reserva legal ou da legalidade. Tal princípio assegura a exclusão de sancionar novamente o agente pelo mesmo fato, ou seja, o tipo penal determinado é somente um não podendo ser aplicado mais de uma vez⁷⁴.

De tal forma, resguarda que há nítida proibição quanto à analogia para tipificar uma conduta como crime ou agravá-la o seu tratamento penal – não pode o juiz agravar a situação do agente fora daquilo que está descrito na lei⁷⁵.

Assim, vale ressaltar o entendimento de Karl Engisch, jurista alemão citado por Gilmar Mendes:

Para fins da presente indagação a sua importância reside em que, segundo ela, ninguém pode ser punido simplesmente por ser merecedor da pena de acordo com as nossas convicções morais ou mesmo segundo a ‘sã consciência do povo’, porque praticou uma ‘ordinarice’ ou um ‘facto repugnante’, porque é um ‘canalha’, ou um ‘patife’ – mas só pode ser quando tenha preenchido os requisitos daquela punição descrito no ‘tipo penal’ de uma lei penal (...)⁷⁶

O princípio da legalidade está ligado ao princípio da aplicação retroativa da lei menos benévola (art. 5º, XL), pois para aplicar a sanção penal, há necessidade de se saber ao certo o momento do crime, sendo aplicada uma norma material. “A lei mais benigna será aquela lei que, de qualquer forma e tendo em vista

⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 19ª Ed. rev., ampl., e atual. São Paulo, Saraiva, 2013. p. 68.

⁷³ Ibidem. p. 69.

⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 8ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 106.

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Mendes Ferreira, Inocêncio Mártins Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5ª Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva 2010. p. 480.

⁷⁶ Karl Engisch *apud* Ibidem. p. 480.

a situação concreta, revela-se mais favorável ao agente no que concerne ao crime ou a pena”, no tempo em que foi cometido o delito⁷⁷.

Por outro lado, seria nitidamente lesivo à dignidade da pessoa humana ser ela punida duas vezes pela mesma conduta, o que evidenciaria não ter fim o poder estatal, firmando autêntico abuso de direito⁷⁸.

Ninguém pode ser processado duas vezes com base no mesmo fato, impedindo-lhe a dupla punição ou *bis in idem*. Seria ofensa direta ao princípio constitucional da legalidade pena (não há crime sem lei anterior que a defina, não há pena sem lei anterior que a comine), pois a aplicação de uma sanção penal exclui, como decorrência lógica, a possibilidade de novamente sancionar o agente pelo mesmo fato. Afinal, o tipo penal é um só, não existindo possibilidade de se duplicar a sanção⁷⁹.

Por outro lado, seria nitidamente lesivo à dignidade da pessoa humana ser ela punida duas vezes pela mesma conduta, o que evidenciaria não ter fim o poder estatal, firmando autêntico abuso de direito.

Ademais, se for absolvido, outro processo, com base no mesmo fato, firmaria igual abuso. Nesse ponto, cuida-se de previsão feita no art. 8º, 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos (aprovada pelo Decreto 678/92): “o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Logo, esse preceito deve ser considerado assimilado constitucionalmente pela via do art. 5º. §2º, da Constituição Federal.

1.2. Aplicação dos princípios constitucionais na pena: forma limitadora da atuação do Estado.

“Pena e Estado são conceitos intimamente relacionados entre si”, para a compreensão da sanção da pena, analisa-se o desenvolvimento socioeconômico do Estado e a forma em que ele se desenvolve. Assim, o Estado

⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional /Gilmar Mendes Ferreira, Inocêncio Mártins Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5ª Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva 2010. p. 483.

⁷⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 8ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 106.

⁷⁹ Ibidem. p. 106.

utiliza-se da pena como forma de regulamentar a convivência do homem em sociedade⁸⁰.

Apesar de existirem outras formas de controle social – algumas mais sutis e difíceis de limitar que o próprio Direito Penal –, o Estado utiliza a pena para proteger eventuais lesões a determinados bens jurídicos, assim considerados, em uma organização socioeconômica específica⁸¹.

Em contrapartida a relação que tem a pena com o Estado Democrático de Direito, sustenta-se a prevenção geral positiva limitadora, ou seja, há uma prevenção de limitação quanto ao poder punitivo que é dado ao Estado. Esse poder punitivo, que tem como função o controle social, está limitado pelas garantias e princípios constitucionais⁸².

Assim, a pena é aquela sanção que deve estar em consonância ao limite e na proporção (princípio da proporcionalidade) do delito cometido e do fato, “e somente pode ser imposta através de procedimento cercado de todas as garantias jurídico-constitucionais”⁸³.

A formação do Direito Penal tem lugar através da vinculação com as normas e objetiva limitar a intervenção jurídico-penal do Estado em atenção aos direitos individuais do cidadão. O Estado não pode – a não ser que se trate de um Estado totalitário – invadir a esfera dos direitos individuais do cidadão, ainda e quando haja praticado algum delito. Ao contrário, os limites em que o Estado deve atuar punitivamente devem ser uma realidade concreta. Esses limites referidos materializam-se através dos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade, etc.⁸⁴

Tal entendimento visa a limitação do poder de polícia do Estado, onde alguns atos não violariam gravemente nenhum dos princípios relacionados nos tópicos anteriores. Mas a limitação imposta ao Estado para a criminalização são formais, não colocando limites quanto ao exagero da punição⁸⁵.

Se tornarmos os principais instrumentos universais dos Direitos Humanos veremos que, tal como em nossa Constituição, estabelecem-se numerosas garantias limitadoras quanto à forma da

⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 19ª Ed. rev., ampl., e atual. São Paulo, Saraiva, 2013. p. 130.

⁸¹ Ibidem. p.130.

⁸² Ibidem. p.161.

⁸³ Ibidem. p.161.

⁸⁴ Ibidem. p.161.

⁸⁵ ZAFFARONI, E. Raúl, Nilo Batista, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Renavan, 2003. p. 239.

criminalização e colocam-se barreiras contra a violência da punição; contudo, a pobreza de limites materiais quanto ao conteúdo de proibição é bem evidente⁸⁶.

Esse domínio dos limites formais sustenta que não existe um direito subjetivo e sim uma limitação do poder, portanto, há uma grande dúvida doutrinária acerca do direito subjetivo, já que ocorre essa barreira formal⁸⁷.

⁸⁶ ZAFFARONI, E. Raúl, Nilo Batista, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Renavan, 2003. p. 239.

⁸⁷ Ibidem. p. 239.

2. Aplicação da pena: Interpretação do art. 59 do Código Penal.

A aplicação da pena é um dos mais importantes meios de individualização e quantificação da pena, tema que se encontra de lado pelas doutrinas nos últimos anos. Gera um deficiente entendimento e aplicação dos princípios, levando ao magistrado uma arbitrariedade devido as lacunas que são geradas⁸⁸.

Na medida em que o legislador se omite de sua função específica de determinar, de forma adequada um mínimo e um máximo de pena, e, por comodismo ou por não querer assumir responsabilidades estabelece margens extremamente largas, em meio às quais atua o juiz, estará em jogo a segurança dos cidadãos⁸⁹.

Em uma interpretação do antigo Código Penal do ano de 1940, no dispositivo que dizia respeito à aplicação da pena-base, Nelson Hungria o analisou e defendeu sua tese de que a aplicação da pena iria ser feita em três fases, ou seja, em um sistema trifásico, qual seja, a primeira fase diz respeito à análise das circunstâncias judiciais, o juiz iria estabelecer a pena-base, na segunda fase os elementos agravantes e atenuantes (circunstâncias legais) – aumento e diminuição da pena –, e por último o aumento e diminuição da pena caso exista causas especiais⁹⁰.

Consagra o artigo 59 do atual Código Penal: *O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessários e suficientes para reprovação e prevenção do crime.* Dessa forma, o juiz irá atentar para 8 (oito) requisitos em que preencha o réu para aplicar uma pena visando ser suficiente para a reprovação e prevenção da infração penal⁹¹.

Portanto, o artigo 59, do código mencionado, é a premissa para a fixação da pena-base atentado a todas as circunstâncias judiciais elencadas no seu

⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, José Henrique Pierangeli. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 781.

⁸⁹ SILVIA FRANCO *aput* Ibidem. p. 781.

⁹⁰ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 56.

⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 381.

dispositivo, circunstâncias judiciais que irão aumentar ou diminuir a pena-base. Ou seja, será cominada dentro dos limites do tipo que foi violado⁹².

Para se estabelecer a pena-base, o artigo 59 estabelece circunstâncias que deverão estar entre o mínimo e o máximo da sanção aplicada, o mesmo ocorre com as agravantes e atenuantes, é somente nas causas de aumento de diminuição especiais da pena é que o juiz poderá ultrapassar os limites do mínimo e a do máximo cominados⁹³.

No artigo 59 do Código Penal entende que o juiz irá fixar a pena de acordo com a sua livre apreciação, atentando aos aspectos objetivos e subjetivos descritos no tipo penal. Deverá ele atentar ainda, aos aspectos judiciais, ou seja, aqueles aspectos que serão retirados dos autos para a sua livre convicção⁹⁴.

Por isso, embora o magistrado inicie a fixação da pena pela análise das denominadas circunstâncias judiciais do art. 59, não é demais ressaltar que elas são residuais, ou seja, se não constituírem qualificadoras/privilégios, causas de aumento/diminuição ou agravante/atenuantes, podem ser levadas em conta na eleição do *quantum* da pena-base⁹⁵.

Não se deve deixar de mencionar que, toda a análise que será feita pelo juiz deverá ter fundamentação explicando qual o motivo para o aumento ou diminuição da pena-base, sendo analisada individualmente e caso não tenha tal fundamentação gerará nulidade absoluta⁹⁶.

Contudo, vale ressaltar novamente Hungria que, para tal fixação, atendendo as circunstâncias judiciais, deverá o juiz partir de um “termo médio”, ou seja, atentado ao mínimo e o máximo da pena, deverá o juiz achar um meio termo da pena estabelecida pelo tipo. Já no entendimento de Gilberto Ferreira, caso não exista atenuantes e nem agravantes e muito menos circunstâncias judiciais que justifiquem o aumento da pena-base, o réu seria condenado a um “termo médio”⁹⁷.

⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 19ª Ed. rev., ampl., e atual. São Paulo, Saraiva, 2013.p. 778.

⁹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, José Henrique Pierangeli. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 783

⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.p.382.

⁹⁵ Ibidem .p. 383.

⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ob. cit* .p. 779.

⁹⁷ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 65.

2.1. Interpretação dos aspectos subjetivos do art. 59 do CP na cominação da pena.

Como mencionado anteriormente, as circunstâncias judiciais presentes no art. 59 do Código Penal estão fora do entendimento das elementares do tipo, ou seja, estão fora da essência que diz ser o crime sendo acessório, sem essas circunstâncias o crime continua existindo⁹⁸.

Mas as circunstâncias têm um papel importante na fixação da pena. Elas servem para agravar ou atenuar a conduta criminosa, isto é, podem tornar o agente mais ou menos culpável, conforme for sua conduta mais ou menos reprovável. Em síntese, a existência deles provoca o aumento ou diminuição da pena prevista no tipo penal e permite que a individualização seja feita, pois, conforme já foi visto, um crime nunca é exatamente igual ao outro⁹⁹.

Contudo, as circunstâncias são verificadas de forma subjetiva e objetiva. São circunstâncias subjetivas, que diz respeito ao agente e não ao fato, quais sejam, os antecedentes, a personalidade, a conduta social, os motivos do crime, a reincidência, dentre outros. Enquanto para as circunstâncias objetivas diz respeito ao fato em si como o tempo, lugar e modo de que o crime foi praticado¹⁰⁰.

Portanto, serão elas circunstâncias elementares, que são elementos objetivos e subjetivos que qualificam o crime, que sem elas o crime também não deixa de existir. São essas circunstâncias causas que irão justificar o aumento ou diminuição no momento da fixação da pena¹⁰¹.

2.1.1. Culpabilidade.

Para que se tenha uma pena, tem que ter a culpa do agente, sendo que esta é a medida da pena. “Nesse sentido, a culpabilidade é instrumento de garantia individual, na medida em que limita o poder do Estado”¹⁰².

A culpabilidade é o elemento de ligação entre o crime e a pena, podendo constatar o crime, a forma e limitação para aplicação da pena. Após a

⁹⁸ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 68.

⁹⁹ Ibidem .p. 68

¹⁰⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120). 11 Ed. rev. e atual. Saraiva: 2007. p. 354.

¹⁰¹ Ibidem p. 354.

¹⁰² FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 71.

análise (e extensão) da culpa que está inserido o agente submetido, passará à análise do grau de censura merecido por ter praticado um fato típico e antijurídico¹⁰³.

Deve-se, portanto, para a aplicação da pena verificar a culpabilidade do fato e não do autor. Ou seja, a personalidade, que será analisada em uma das circunstâncias judiciais, está inserido uma censura em relação ao autor¹⁰⁴.

Entretanto, tal reprovação não pode transbordar as fronteiras do fato praticado. Ninguém deve ser culpado ou ter sua pena elevada por conta de uma conduta de vida ou por eventuais características negativas de personalidade¹⁰⁵.

Contudo, quando no art. 59, na última parte, o legislador estabeleceu que a pena será “conforme seja necessários e suficientes para reprovação e prevenção do crime”, deu ao juiz a possibilidade de fixar a pena além de sua culpabilidade – nesse sentido entende que o juiz deverá estar atento aos elementos subjetivos para medir o grau de culpabilidade e estabelecer uma pena que melhor se encaixa ao fato típico com a conduta cometida pelo agente¹⁰⁶.

2.1.2. Conduta social

A conduta social fere-se a atuação social do agente, ou seja, o comportamento do agente em meio a sociedade, à família, no trabalho, etc. Pode ser que o agente não tenha maus antecedentes criminais, mas poderá ter uma conduta negativa em relação à sociedade, mudando a comutação da pena¹⁰⁷.

Vale lembrar que essa circunstância judicial é um dos principais fatores para a individualização da pena, portanto é fundamental que o juiz conheça o réu, fazendo perguntas ao acusado e as testemunhas durante ao interrogatório e à instrução¹⁰⁸.

Essa circunstância judicial pode ser analisada tanto na forma positiva quanto na forma negativa na vida do acusado, pois poderá ele ser um

¹⁰³ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 227/228.

¹⁰⁴ Ibidem. p. 228.

¹⁰⁵ Ibidem. p. 228.

¹⁰⁶ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 71/72.

¹⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 19ª Ed. rev., ampl., e atual. São Paulo, Saraiva, 2013. p. 771.

¹⁰⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Ob. cit.* p. 469.

péssimo pai e/ou marido, mas poderá ser, também, uma pessoa de boa conduta perante a sociedade, preservando a boa convivência em meio à comunidade¹⁰⁹.

Cabe-lhe avaliar, sopesadamente, como foi o comportamento do réu como estudante, como pai, como trabalhador e, enfim, como pessoa componente da vida social.

(...)

Enfim, todos esses fatos auxiliam o juiz a conhecer melhor a personalidade do criminoso e a determinar a pena que melhor reprove e previna o crime¹¹⁰.

Portanto, fazer uma avaliação criteriosa quanto à conduta social é essencial para que possa vigorar o princípio da individualização da pena e aplicá-la de melhor forma para que o acusado tenha uma pena justa¹¹¹.

2.1.3. Personalidade do agente

Personalidade, de acordo com Nucci, são os elementos hereditários e sócio-ambientais, que é uma parte herdada e outra parte adquirida que influenciam o comportamento do agente, atitudes moralmente relevantes. “Esta se faz em cinco fases bem caracterizadas: infância, juventude, estado adulto, maturidade e velhice”¹¹².

Para tanto, Freud destaca que para deferir uma personalidade deve-se analisar três pontos, quais sejam, a socialização, o trabalho e o prazer. A personalidade considerada anormal – visto da anormalidade da personalidade perante a sociedade –, em alguns ambientes seria considerada como tal, mas a personalidade considerada normal em algumas situações seria considerada mera normalidade, mas não poderia dizer o mesmo para outros momentos¹¹³.

Por outro lado, considera-se que a personalidade é algo em constate mudança¹¹⁴.

Estímulos e traumas de toda ordem agem sobre ela não é demais supor que alguém, após ter cumprido vários anos de pena privativa de liberdade em regime fechado, tenha alterado sobremaneira a sua

¹⁰⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral. 7ª Ed. ver., atual., e ampl.,. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 470.

¹¹⁰ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 86

¹¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Ob cit.* p. 470

¹¹² *Ibidem.* p. 470

¹¹³ CORDEIRO, J. C. Dias. *Psiquiatria Forense*. Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Av. de Berna – Lisboa, 2003. p. 50.

¹¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Ob.cit.* p. 470.

personalidade. O cuidado do magistrado, nesse prisma, é indispensável para realizar justiça¹¹⁵.

Essa circunstancia é uma das mais relevantes, pois ela engloba tanto a conduta social quanto aos antecedentes criminais do acusado. Esse critério deve melhor ser analisado, por ser determinante aferição por parte do magistrado para qual a melhor forma para a execução da pena ajustando a conduta do agente¹¹⁶.

Como fator determinante para a personalidade está sua má ou boa índole, eventuais desvios sociais perante a atitude relevante para o crime, sua conduta ético-social, seria, portanto, um fator ético e moral e um fator hereditário¹¹⁷.

As infrações criminais praticadas pelo réu durante a menoridade, que, segundo o melhor entendimento, não podem ser admitidas como maus antecedentes podem servir, contudo, para subsidiar a análise da personalidade do agente, assim como outras infrações criminais praticadas depois do crime objeto do processo em julgamento.

Portanto, são esses os elementos indispensáveis para a análise da personalidade do acusado, sendo fator determinante para a aplicação da pena-base.

2.1.4. Motivos do crime

Há tempos tenta-se estabelecer o verdadeiro motivo de um crime. Para Cesare Lombroso, o delito era um fenômeno biológico onde se herdava os instintos selvagens. Contudo, há várias teorias que tentaram estigmatizar o delinquente como herança hereditária os motivos para se cometer um crime¹¹⁸.

O motivo, portanto, é o fator último que desencadeia a ação criminosa, de modo que se pode afirmar não existir crime sem motivo. O que ocorre frequentemente é que o agente, pelas diversas razões, deixa de esclarecer qual foi o móvel que o impeliu a delinquir¹¹⁹.

¹¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral. 7ª Ed. ver., atual., e ampl.,. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 470/471.

¹¹⁶ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 86

¹¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 19ª Ed. rev., ampl.,e atual. São Paulo, Saraiva, 2013.p. 771.

¹¹⁸ FERREIRA, Gilberto. *Ob.cit.* p. 89

¹¹⁹ *Ibidem.* p. 89

“Os motivos constituem a fonte propulsora da vontade criminosa”¹²⁰.

Pode-se afirmar que não há crime sem motivo, é uma importante circunstância para se aferir o grau da culpabilidade do agente. A depender do motivo, o crime será mais ou menos reprovável devendo aferir se a pena será de mais tempo ou menos tempo para os fins determinados pelo legislador de prevenção e reprovação¹²¹.

O motivo, pois, é tão importante que, dependendo das circunstâncias, se presta, no direito brasileiro, ora a majorar sensivelmente a pena transmutando em agravante (art. 61, II, a) ou qualificadora do crime (art. 121, § I, II e V), ora a minorá-la, quando se transforma em atenuante (art. 65, II, a) ou em causa especial de redução (art. 121, § 1º). Nesses casos, como é óbvio, o motivo não poderá ser apreciado por ocasião da fixação da pena-base¹²².

Portanto, a depender do motivo do que o juiz poderá aumentar ou diminuir a pena-base¹²³.

2.2. Aplicação dos *maus* antecedentes criminais na pena-base.

Pode-se constatar que a circunstância dos antecedentes criminais foi inserida no Código Penal de 1940, com a justificativa para a melhor individualização da pena¹²⁴.

São todos os fatos anteriores praticados pelo réu, tanto os bons quanto os maus – todos relativos à prática delituosa. Essa circunstância judicial quer demonstrar ao juiz se o réu tem mais ou menos afinidade com o crime. Todavia, não podem os maus antecedentes serem considerados “como inquérito em andamento”, “absolvição por falta de prova”, por violar o princípio Constitucional da presunção de inocência (como bem assegura a Súmula 444 do STJ), portanto, é considerado

¹²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 19ª Ed. rev., ampl., e atual. São Paulo, Saraiva, 2013. p. 772.

¹²¹ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 90.

¹²² Ibidem. p. 91.

¹²³ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral. 7ª Ed. ver., atual., e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 471.

¹²⁴ ALMEIDA, Hugo Trapp Gonçalves de. Antecedentes criminais: uma sanção criminológica de caráter perpétuo. Revista da ESMEC, v. 16, n. 22, 2009. p. 314.
<<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/5-1274831407.PDF>>. Acesso em 01 ago de 2013.

como antecedentes criminais aqueles processos irrecorríveis, como sustenta Bitencourt¹²⁵.

Contudo, vale ressaltar o entendimento de Salo de Carvalho em que “*sintetizam que a antecedência criminal possui como principais características a amplitude, a negatividade, a subjetividade, a relatividade e a perpetuidade*”¹²⁶.

Os antecedentes tratam-se de toda a vida pregressa do agente, tudo relativo à sua vida pregressa material. Vale ressaltar que os antecedentes vigoram fatos ocorridos à época do crime, que irá se resumir na folha de antecedentes¹²⁷.

Assim, conquanto o conceito inicial de antecedentes considere como circunstância anterior qualquer ato *positivo* ou *negativo* que revele a conduta e o comportamento do 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 antecitados *policiais e judiciais*, acabem 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 agente¹²⁸.

Como orienta Nucci, existem duas correntes que aplicam os maus antecedentes criminais. Uma corrente sustenta que considera-se tudo aquilo que consta na folha dos antecedentes por fazer parte da história do réu, pois o legislador não limitou o que vem a ser os antecedentes criminais, para Nucci, esse é o melhor entendimento e aplicação da circunstancia judicial, pois para aplicar qualquer medida cautelar ou prisão preventiva é necessário atenção ao modo-de-ser do acusado, demonstrando o perigo para a sociedade. Já a segunda corrente sustenta que os antecedentes são tudo que não é considerado para ser reincidência. Essa

¹²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 19ª Ed. rev., ampl., e atual. São Paulo, Saraiva, 2013. p. 769.

¹²⁶ CARVALHO, Salo de. *apud* ALMEIDA, Hugo Trapp Gonçalves de. Antecedentes criminais: uma sanção criminológica de caráter perpétuo. Revista da ESMEC, v. 16, n. 22, 2009. p. 314. <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/5-1274831407.PDF>>. Acesso em 01 ago de 2013.

¹²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral. 7ª Ed. ver., atual., e ampl.,. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p. 388.

¹²⁸ ALMEIDA, Hugo Trapp Gonçalves de. Antecedentes criminais: uma sanção criminológica de caráter perpétuo. Revista da ESMEC, v. 16, n. 22, 2009. p. 314. <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/5-1274831407.PDF>>. Acesso em 01 ago de 2013. p. 315/316.

segunda corrente é sustentada pela Súmula 444 do STJ, em consonância com o princípio Constitucional da presunção de inocência¹²⁹.

Vale ressaltar que hoje não se sustenta mais o entendimento de Nelson Hungria, em que para análise dos antecedentes criminais o magistrado teria que se atentar aos inquéritos arquivados, processos em andamentos, absolvições por falta de provas. Como bem sustenta Bitencourt, sob o novo império da ordem Constitucional, terá que ser considerado como maus antecedentes as decisões transitadas em julgado, ou seja, mesmo as ações em fase recursal não poderão ser atendidas como maus antecedentes¹³⁰.

Ao ser cominada a pena-base, o juiz deve atentar-se para a não ocorrência do *bis in idem*, pois poderá ele aplicar os antecedentes criminais e a reincidência comutativamente, desde que não tenham como base a mesma condenação. Sustenta-se tal afirmação pela Súmula 241 do STJ: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”¹³¹.

Entretanto, no entendimento de Bitencourt, pode-se utilizar, através da analogia, uma limitação temporal para os antecedentes criminais¹³².

Convém destacar, ademais, a necessidade de respeitar a limitação temporal dos efeitos dos “maus antecedentes”, adotando-se o parâmetro previsto para os “efeitos da reincidência” fixado no art. 64 do CP, em cinco anos, com autorizada analogia. Advogando a mesma tese, sustenta Salo de Carvalho, *in verbis*: “o recurso à analogia permite-nos limitar o prazo de incidência dos antecedentes no marco dos cinco anos – delimitação temporal da reincidência –, visto ser a única orientação permitida pela sistemática do Código Penal”¹³³.

2.3. Caráter da reincidência

Pelo estudo histórico da reincidência, o Código Criminal do Império de 1830, previa a reincidência somente como agravante e tendo ela como tal quando o crime fosse da mesma natureza do crime anterior. Já o Código Penal

¹²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral. 7ª Ed. ver., atual., e ampl.,. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 468/469.

¹³⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 19ª Ed. rev., ampl.,e atual. São Paulo, Saraiva, 2013 p. 770.

¹³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Ob. cit.* p. 469.

¹³² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ob.cit.* p. 770.

¹³³ *Ibidem.* p. 470/471.

anterior, de 1940, detinha a reincidência como caráter perpétuo, mas foi alterado com o advento da Lei nº 6.416/1977, alterando a perpetuidade e adquirindo uma limitação temporal aos efeitos da condenação anterior, a fim de não estigmatizar o delinquente para sempre¹³⁴.

Adotou-se o sistema da temporariedade ou da transitoriedade de forma que a partir desse diploma deixou de prevalecer a condenação anterior, para efeito de reincidência, se decorrido período superior a cinco anos entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e a da infração posterior¹³⁵.

O ordenamento jurídico brasileiro entende a reincidência: “Art. 63 - *Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.* Art. 64 - *Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos*”¹³⁶.

O instituto da reincidência ocorre como agravante à pena do acusado determina o quanto da culpabilidade, se foi mais ou menos. Além disso, o acusado sendo reincidente, não há em que se falar na concessão da suspensão condicional da pena e da pena privativa de liberdade por restritiva de direito¹³⁷.

Há mesmo quem diga que a reincidência real deve ser considerada como circunstância atenuante, já que a causa da prática do novo crime deriva do insucesso do sistema carcerário, que embruteceu o indivíduo ao invés de ressocializá-lo¹³⁸.

Contudo, a idéia que engloba o elemento da reincidência peca também por não obedecer ao princípio do *bis in idem* ou ninguém deve ser punido pelo mesmo fato. Esse entendimento sugere que o réu reincidente terá a sua pena agravada em decorrência de um crime anterior, ou seja, aquele réu que já cumpriu a sanção imposta a ele em um

¹³⁴ PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120. 10º Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 496.

¹³⁵ Ibidem. p. 496.

¹³⁶ Ibidem. p. 496

¹³⁷ Ibidem .p. 496

¹³⁸ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 107/108.

momento anterior irá agravar a sua futura situação sendo punido duas vezes pelo mesmo fato¹³⁹.

É considerado réu primário aquele acusado que não é reincidente, assim, é considerado réu primário aquele que após a extinção da última pena e transcorridos os cinco anos, previsto nos art. 63, I do Código Penal, entretanto, o réu constituirá maus antecedentes¹⁴⁰.

¹³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 8ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 415.

¹⁴⁰ Ibidem. p. 416.

3. Confronto entre os antecedentes criminais e os princípios constitucionais.

Os princípios nada mais são que normas instrumentais para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito. Portanto, os princípios constitucionais e Infraconstitucionais, implícito ou explícito, tem importante relevância para a interpretação e coerência do conjunto de normas existentes – são princípios genéricos e flexíveis o suficiente, sendo harmoniosos entre si¹⁴¹.

Sob outro aspecto, os princípios não afrontam direitos e garantias fundamentais; com eles sintonizam-se na essência. Aliás, como regra, os princípios protegem os direitos fundamentais e servem de estrutura para as garantias fundamentais. Ilustrando, o princípio da presunção de inocência não afronta o direito à segurança, nem privilegia de modo absoluto o direito à liberdade¹⁴².

Contudo, apesar de Kelsen afirmar que as normas incriminadoras deveriam constituir em normas abstratas e neutras, as normas atuais elaboradas pelo legislador não tem critérios de validade para a necessidade da sociedade¹⁴³.

A análise desses critérios, a imposição de seus limites, a determinação de suas bases materiais e a crítica de sua utilização se afiguram como condição e exigência dos princípios constitucionais de defesa das liberdades individuais e do regime democrático¹⁴⁴.

Os princípios são uma forma limitadora do poder de punir. Os princípios penais possuem uma importância como forma de seleção dos crimes e análise para a aplicação da pena. Contudo, existe uma grande relevância ao princípio da limitação da atuação do Estado democrático de direito que diz respeito à dignidade da pessoa humana *“ao bem jurídico, à necessidade da pena, à intervenção mínima, à proporcionalidade e às categorias lógico-objetivas”*¹⁴⁵.

Portanto, a circunstância judicial dos antecedentes criminais afronta ao princípio da dignidade humana e ao princípio de que não haverá pena de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, “b”) dentre os princípios constitucionais. Observa-se que ao transitar em julgado a sentença condenatória do réu e transcorridos os cinco anos, o acusado não será reincidente, mas aquele fato irá para a ficha de antecedentes

¹⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza, Princípios Constitucionais penais e processuais penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 36.

¹⁴² Ibidem. p. 36.

¹⁴³ FRANCO, Alberto Silva, Guilherme de Souza Nucci. Direito Penal, v.3. Edições especiais Revista dos Tribunais. Editora Revista do Tribunais: São Paulo. p. 711.

¹⁴⁴ Ibidem. p.712

¹⁴⁵ Ibidem. p. 713

criminais. Assim, se o réu já possuir *maus* antecedentes, esses sempre irão para *quantum* da pena-base, cumprindo mais de uma vez a pena do crime anterior, violando o princípio de que não será punido duas vezes pelo mesmo fato.

Ora, muito de se espantar que os princípios constitucionais que são resguardados pela Constituição Federal, inclusive por cláusula pétreia, são violados e moldados de forma que justificam como melhor individualização pena. Essa justificativa de individualização termina que rotulando o réu como um perpétuo (art. 5º, XLVII, “b”) delinquente, em que a análise subjetiva do art. 59 do Código Penal, mais especificamente aos antecedentes criminais, vão sempre vigorar como os *maus antecedentes*, pois a justificativa, que é obrigatória ao magistrado, para justificar o seu entendimento por ter agravado aquela circunstancia judicial será feita por meio de certidão, prejudicando a justificativa dos bons antecedentes.

Dessa forma, os *maus* antecedentes criminais, por não ter um limite temporal determinado pelo legislador, será arbitrariamente e massivamente cominado pelo magistrado tendo o aumento da sua pena-base. Ou seja, mesmo ter cumprido a pena anterior, o réu nunca será um réu primário, pois estará rotulado pelo os *maus* antecedentes.

Afinal, essa é a melhor forma de colocar em prática o princípio da individualização da pena? Não estaria esse princípio confrontando com o princípio de que não haverá pena de caráter perpétuo? Os *maus* antecedentes criminais preconiza a individualização da pena de uma forma que estará o réu sendo punido sempre pelo delito anterior (que já foi cumprido) de caráter perpétuo.

Muito embora a Súmula 444 do STJ já tenha garantido o princípio da presunção de inocência, onde não contará como *maus* antecedentes inquérito policial, processos em trâmite, absolvição, etc., é de se observar a divergência entre as doutrinas, e até mesmo entre os magistrados da mais alta Corte, para a violação desse princípio. Todos serão inocentes até a sentença condenatória, esse entendimento e aplicação é de extrema importância, pois não poderemos condenar desde já uma pessoa que ao final ela possa ser absolvida. Infelizmente isso é o que acontece nos dias de hoje, onde a rotulação e julgamento das pessoas é feita a qualquer momento.

Enquanto o princípio da proporcionalidade garante, que caberá ao réu o merecimento de cada pena de acordo com o crime e fixação da pena que foi estabelecido, confronta com os *maus* antecedentes, onde é claro que será fixada a pena na medida do crime que foi cometido. Assim, se for na medida do crime que foi cometido nada terá que falar em crimes anteriores, ou seja, nada terá que falar nos maus antecedentes, pois esse está se reportando aos crimes anteriores.

3.1. Da presunção da Constitucionalidade do art. 59 do Código Penal.

Pressupõe-se que toda norma tida na Constituição é constitucional, e que o artigo em questão deriva de uma lei infraconstitucional regulamente válida¹⁴⁶.

Os princípios jurídicos são conteúdos que dizem respeito a forma em que a norma será inserida no ordenamento jurídico. Se tal norma não estiver em consonância aos princípios que a ela se moldam, essa norma estará em desuso. Ou seja, ocorre o conflito entre os princípios e a norma no momento em que a hipótese de incidência regulada pela a Constituição – nos princípios a ela assegurados –, com a norma preconizada infraconstitucional são geradoras de conflitos e da invalidade infraconstitucional¹⁴⁷.

Dessa forma trincada de normatizar um fato concreto, remetendo ao aplicador saber ao certo se a norma é válida ou não, se uma norma afasta ou se anula a outra, é remetido a ele [ao aplicador], em qualquer instância de sua atuação, disputar qual a melhor forma de pragmatismo da norma com o caso em concreto¹⁴⁸.

Portanto, o artigo 59 do Código Penal é parcialmente Constitucional, onde os antecedentes criminais não estão inseridos na hipótese de incidência dos princípios respeitados pela a Constituição de 1988.

Observa-se que ao não respeitar os princípios constitucionais na preconização dos antecedentes para aplicação da pena-base, o aplicador é

¹⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional /Gilmar Mendes Ferreira, Inocêncio Mártins Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5ª Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva 2010. p. 80.

¹⁴⁷ Ibidem. p. 96.

¹⁴⁸ Ibidem. p. 97.

confundido para qual o melhor lado seguir para a melhor utilização, pois no caso aparente o que ocorre não é a conflito entre os princípios, mas a não utilização dos princípios fundamentais para a regular utilização dos antecedentes criminais.

Apesar da circunstância judicial em questão ser utilizada de forma indiscriminada e abusiva por alguns aplicadores é notavelmente o conflito que é gerado por não respeitar os direitos fundamentais regidos pela a Constituição.

Mesmo se falando em princípios flexíveis para a melhor inserção nos casos concretos a partir da norma¹⁴⁹, não há no que se interpretar aos princípios constitucionais, mas apenas obedecê-los.

Em poucas palavras, às regras “se obedece” e, por isso, é importante determinar com precisão os preceitos que o legislador estabelece por meio das formulações que as contém; aos princípios, pelo contrário, “se prestar adesão” e, por esse motivo, é importante compreendermos o mundo de valores, as grandes opções de cultura jurídica de que fazer parte e às quais as palavras não fazem mais que uma simples alusão¹⁵⁰.

¹⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional /Gilmar Mendes Ferreira, Inocêncio Mártins Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5ª Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva 2010. p. 103.

¹⁵⁰ Ibidem. p. 103/104.

Conclusão

O artigo 59 do Código Penal é o momento em que será cominada a pena-base do acusado, para que, da melhor forma, ele sofra uma pena justa e proporcional ao seu delito. Contudo, são elencadas no citado artigo, oito circunstâncias judiciais, divididas entre subjetivas e objetivas, para dosimetria da pena-base aplicada pelo magistrado. Dessas circunstâncias subjetivas são consideradas cinco delas, entre elas os antecedentes criminais.

Os antecedentes, estabelecido no referido artigo do Código Penal, trás um grande peso para a vida do acusado, um peso relevantemente negativo, em que essa circunstância sempre irá perdurar na vida judicial do acusado de forma perpétua. Esse fato termina por confrontar os princípios constitucionais assegurados pela a Constituição.

Para a interpretação e conclusão do que realmente vem a ser o instituto dos antecedentes criminais, apesar das divergências conceituais apresentadas pelos autores e doutrinadores – havendo uma variação de se é ou não precursor do direito penal máximo, aquele que aposta em penas mais longas e regimes mais rígidos –, conclui-se que os *maus* antecedentes são constituídos de tudo ocorrido na vida pregressa material do acusado, assim, resumindo-se na certidão dos antecedentes criminais, ou seja, serão somente as sentenças condenatórias transitadas em julgado.

Desde a inserção dos antecedentes no Código Penal de 1940, ano após ano foi se afunilando a interpretação desse instituto. Vigorava o entendimento de Nelson Hungria em que os *maus* antecedentes criminais seriam tudo aquilo na vida no acusado, ou seja, tudo negativo que o acusado poderia ter praticado, sendo até mesmo os inquéritos policiais, os processos em andamento e em sede recursal, não havia qualquer distinção ou coerência com as outras normas hierarquicamente superiores para ao certo limitar o poder do magistrado ao aplicar essa circunstância judicial em questão.

Percebe-se que os antecedentes foram inseridos pelo o legislador com a intenção de melhor individualizar a pena do acusado, mas por outro lado deixou a desejar no que diz respeito as garantias constitucionais, deixando-o de forma ampla e ilimitada.

Por um instante revelou-se que a circunstância em questão, viola um dos princípios constitucionais, qual seja, a presunção de inocência, sendo editada pelo STJ a Súmula 444 em que até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o réu será considerado inocente.

Apesar de ser aplicado de forma ampla e ilimitadamente, pois uma vez o réu não sendo mais reincidente irá ter maus antecedentes, pode-se utilizar de analogia para limitar a questão do tempo para a utilização das certidões emitidas para os maus antecedentes, com a reincidência que seria um período de cinco anos.

Dessa forma, os antecedentes criminais confrontam vários princípios constitucionais tais como o princípio relacionado no art. 1º da Constituição Federal que viola o princípio da dignidade da pessoa humana uma vez que a pena estipulada para o cumprimento sempre será além do delito que realmente foi cometido pelo acusado, não sendo uma pena justa e proporcional. Do princípio relacionado no art. 5º XLVII, “b” também da Constituição Federal, que “não haverá pena de caráter perpétuo”, mas conclui-se que a perpetuidade irá relacionar com o causado que possui *maus* antecedentes criminais, ou seja, aquele delinquente que já possui antecedentes criminais nunca terá a sua pena-base estipulada no mínimo legal em consequência sempre agravando a sua pena e cumprindo a pena do delito anterior. Viola também o princípio que está elencado no art. 5º XLVI, princípio da proporcionalidade. Ou seja, a circunstância judicial dos antecedentes criminais confronta os princípios reguardados pela Carta Magna utilizando-se de forma mais severa e injusta tal circunstância, prejudicando a proporcionalidade da cominação da pena que será estabelecida para o seu cumprimento.

Encontrou-se um entendimento mais claro de que essa circunstância, viola a norma no caso concreto com a hipótese inserida pela Constituição através dos princípios constitucionais resguardados.

Embora o presente trabalho tenha discutido a utilização dos antecedentes criminais de forma a confrontar os princípios constitucionais, avalia-se que o acusado uma vez com *maus* antecedentes criminais é rotulado até mesmo pelo próprio magistrado como um delinquente, em que não haja chances para a sua recuperação perante os demais, alterando a aplicação da pena. Assim, seria mais um afronto ao princípio da dignidade da pessoa humana não protegida pelo o legislador, pois estaria inserido o acusado novamente a sociedade sem dar qualquer

assistência para a sua reinserção. Pode-se concluir, desse fato, que as medidas adotadas pelas políticas públicas não visam o bem de todos sem distinção e sim para a separação daqueles que são rotulados como “bons” e “maus” para a comunidade.

Por fim, conclui-se a inconstitucionalidade da circunstância dos antecedentes criminais. Ao violar os princípios constitucionais penais, é necessário que se encontre outra forma de melhor individualizar a pena, sem que sejam comprometidas as garantias constitucionais.

Referências

ALMEIDA, Hugo Trapp Gonçalves de. Antecedentes criminais: uma sanção criminológica de caráter perpétuo. Revista da ESMEC, v. 16, n. 22, 2009. <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/5-1274831407.PDF>>. Acesso em 01 ago de 2013

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12ª Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 19ª Ed. rev., ampl., e atual. São Paulo, Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)*. 11 Ed. rev. e atual. Saraiva: 2007.

CARVALHO, Paulo Barros, 1938. *Curso de direito tributário*. 13ª Ed, rev. e atual. São Paulo, 2000.

CORDEIRO, J. C. Dias. *Psiquiatria Forense*. Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Av. de Berna – Lisboa, 2003.

COSTA, André de Abreu. Comentários à Súmula 444 do STJ. O que conta e o que não conta na fixação da pena base, no tocante aos antecedentes e à conduta social. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2844, 15abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18908>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, 1934. *Curso de Direito Constitucional*. 35ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Julgado do STF: HC 97256/RS; HABEAS CORPUS; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Relator(a): Min. AYRES BRITTO; DJe 15/12/2010. Acesso em 04 maio 2013

Julgado do STF: HC 84078/MG; HABEAS CORPUS; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Relator(a): Min. EROS GRAU; DJe 25/02/2010. 04 maio 2013

Julgado do STF: HC 97256/RS; HABEAS CORPUS; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Relator(a): Min. AYRES BRITTO; DJe 15/12/2010. 04 maio 2013

LUIZI, Luis. *Os princípios Constitucionais Penais*. 2 Ed. rev. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional* /Gilmar Mendes Ferreira, Inocêncio Márties Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 5ª Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 7ª Ed. ver., atual., e ampl.,. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 8ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120*. 10º Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª Ed, rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 67 de 22.12.2010) - São Paulo, 2011.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral: arts. 1º a 120, volume 1*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, José Henrique Pierangeli. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, E. Raúl, Nilo Batista, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renavan, 2003.