

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
AGÊNCIA DE INOVAÇÃO, EMPREENDEDORISMO, PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E
INTERNACIONALIZAÇÃO AGEUFMA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO
SISTEMA DE JUSTIÇA
MESTRADO ACADÊMICO

RAYANE DUARTE VIEIRA

DIREITO PENAL DO AUTOR: os maus antecedentes à luz da tese de repercussão
geral 150

São Luís

2023

RAYANE DUARTE VIEIRA

DIREITO PENAL DO AUTOR: os maus antecedentes à luz da tese de repercussão
geral 150

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (UFMA), para obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso.

São Luís

2023

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Diretoria Integrada de Bibliotecas/UFMA

DUARTE VIEIRA, RAYANE.

DIREITO PENAL DO AUTOR : OS MAUS ANTECEDENTES À LUZ DA
TESE DE REPERCUSSÃO GERAL 150 / RAYANE DUARTE VIEIRA. -
2023.

121 p.

Orientador(a): ROBERTO CARVALHO VELOSO.

Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em
Direito e Instituições do Sistema de Justiça/ccso,
Universidade Federal do Maranhão, UFMA, 2023.

1. DIREITO PENAL DO AUTOR. 2. MAUS ANTECEDENTES. 3.
TESE DE REPERCUSSÃO GERAL 150. I. CARVALHO VELOSO,
ROBERTO. II. Título.

RAYANE DUARTE VIEIRA

DIREITO PENAL DO AUTOR: os maus antecedentes à luz da tese de
repercussão geral 150

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (UFMA), para obtenção do título de mestre em Direito.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso (Orientador)
Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

Prof. Dr. Cassius Guimarães Chai
Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

Prof. Dr. Diogo Rais Rodrigues Moreira
MACKENZIE/SP

Dedico este trabalho ao meu pai, minha fonte inesgotável de resiliência.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à minha família, que sonhou junto comigo para que eu chegasse a este momento, especialmente, a minha irmã Rayssa, a quem devo minha eterna gratidão.

À minha mãe, Dilma por todas as orações, incentivos e esforços para conquistar os meus sonhos; inexplicável é o seu amor.

Ao meu pai, que perdi no curso deste mestrado, porém deixou o legado da resiliência e força para alcançar os meus objetivos ainda que as circunstâncias não sejam favoráveis. Sei que, onde ele estiver, está orgulhoso pela concretização desta etapa. Obrigada por tudo, amar-te-ei para sempre!

À minha avó, Maria do Socorro, pelas conversas profundas e trocas de experiências que acalentaram meu coração em momentos difíceis.

À minha tia, Ducilene, pelo companheirismo, doses de alegria e descontração, além do colo amigo.

Às minhas primas, Vilena e Virlane, por vibrarmos juntas em todas as conquistas, grandes ou pequenas.

Aos meus amigos-irmãos, meus companheiros fieis, Patrícia e Frederico, obrigada por tudo e por tanto. Não sei o que seria de mim sem vocês.

À amizade que construí durante a árdua jornada acadêmica, minha querida amiga, Raíssa Campagnaro, obrigada por todo o companheirismo e pelas doses diárias de incentivo. Estaremos juntas sempre.

À minha psicóloga maravilhosa, Lídia Rolim, pelas diversas sessões de terapia que contribuíram para que eu mantivesse a minha saúde mental estável para seguir com os estudos.

À minha querida mentora, Professora Laryssa Queiroz, pelas excelentes contribuições acadêmicas neste trabalho, indispensáveis para a sua realização.

Ao meu orientador, Professor Doutor Roberto Veloso, pela disponibilidade em contribuir para este trabalho e nas demais produções acadêmicas realizadas durante o período da pós-graduação.

Aos professores das disciplinas cursadas, obrigada pelas gigantescas contribuições, pelas aulas maravilhosas e reflexões jurídicas que ampliaram a compreensão e o conhecimento crítico.

À UFMA, pela sonho realizado de estudar em um dos prédios históricos mais bonitos de São Luís e por fornecer todo o suporte necessário para a realização dos trabalhos acadêmicos.

“É uma incógnita para o homem, cuja existência passou na prisão, a liberdade”.

Valéria Nunes de Almeida e Almeida

RESUMO

O presente trabalho analisa o Recurso Extraordinário 593.818 datado do dia 17/08/2020 que deu origem a tese de Repercussão Geral nº 150 em que se discutiu, à luz do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos serem consideradas como maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base, originando a seguinte tese: *“Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal”*. No que se refere a metodologia utilizada, foi utilizado método indutivo, tendo como método de procedimento o estudo de caso, do tipo jurídico-descritiva, com técnica de pesquisa, bibliográfica e documental. Inicialmente, foi analisada a origem das penas e sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro relacionando com os princípios constitucionais da pena, a fim de possibilitar o entendimento sobre a inserção da utilização dos maus antecedentes no Código Penal de 1940, como circunstância judicial para fins de agravamento da pena-base na primeira fase da dosimetria da pena. Em seguida, analisou-se a evolução da doutrina e da jurisprudência em relação a utilização dos maus antecedentes e adoção do direito penal do fato na dosimetria da pena em detrimento do direito penal do autor. Ao final, foi analisada a Tese de Repercussão Geral 150 e sua utilização no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, bem como os impactos da decisão para a ressocialização do condenado bem como o direito ao esquecimento na esfera penal. Como objetivo geral, o presente estudo teve o objetivo de analisar em que medida a perpetuidade no uso dos maus antecedentes nos acórdãos do STF, STJ e TJ/MA como causador do aumento da pena-base contraria a Teoria do Direito Penal do Autor e ofende a CF/1988, a partir de 2020. Em hipótese preliminar, notou-se a subjetivação do Direito Penal na jurisprudência brasileira pelo agravamento da pena por maus antecedentes, a qualquer tempo, alinhando-se à Teoria do Direito Penal do Autor, em detrimento da Teoria do Direito Penal do Fato. Após a pesquisa realizada, verificou-se a utilização dos maus antecedentes de modo automático nos processos julgados pelo TJ/MA, ao contrário do que ficou sedimentado na tese de Repercussão Geral 150. Para fins de conclusão, observou-se que, a tese de repercussão geral 150 não é aplicada de modo compatível com os preceitos estabelecidos na tese, e por consequência em desconformidade com os princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana, presunção de inocência e individualização da pena.

Palavras-chave: maus antecedentes; direito penal do fato; direito penal do autor.

ABSTRACT

The present work analyzes the Extraordinary Appeal 593.818 dated 17/08/2020 that gave rise to the thesis of General Repercussion nº 150 in which it was discussed, in the light of art. 5, LVII, of the Federal Constitution, the possibility, or not, of convictions that became final and unappealable for more than five years being considered as bad antecedents for the purpose of fixing the base penalty, originating the following thesis: “It does not apply for the recognition of the bad antecedents the five-year period of prescription of the recidivism, foreseen in the art. 64, I, of the Penal Code”. With regard to the methodology used, an inductive method was used, with a case study as a procedural method, of the legal-descriptive type, with a research, bibliographical and documental technique. Initially, the origin of the penalties and their introduction in the Brazilian legal system were analyzed, relating to the constitutional principles of the penalty, in order to enable the understanding of the insertion of the use of bad antecedents in the Penal Code of 1940, as a judicial circumstance for the purpose of aggravation base feather in the first phase of feather dosimetry. Then, the evolution of doctrine and jurisprudence was analyzed in relation to the use of bad antecedents and adoption of the criminal law of the fact in the dosimetry of the penalty to the detriment of the criminal law of the author. In the end, the General Repercussion Thesis 150 and its use in the Court of Justice of the State of Maranhão were analyzed, as well as the impacts of the decision for the resocialization of the convict as well as the right to be forgotten in the criminal sphere. As a general objective, the present study aimed to analyze to what extent the perpetuity in the use of bad antecedents in the judgments of the STF, STJ and TJ/MA as the cause of the increase in the base penalty goes against the Author's Criminal Law Theory and offends to CF/1988, from 2020. In a preliminary hypothesis, it was noted the subjectivation of Criminal Law in Brazilian jurisprudence by the aggravation of the penalty for bad antecedents, at any time, aligning with the Theory of Criminal Law of the Author, to the detriment of the Theory of the Criminal Law of the Fact. After the research carried out, the automatic use of bad antecedents in the processes judged by the TJ/MA was verified, contrary to what was sedimented in the General Repercussion 150 thesis. general repercussion 150 is not applied in a manner compatible with the precepts established in the thesis, and consequently in disagreement with the constitutional principles of human dignity, presumption of innocence and individualization of the penalty.

Keywords: Bad background. Criminal Law of the Fact. Author's Criminal Law.

SÚMARIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	PENA: aspectos conceituais e constitucionais	19
2.1	Conceito e características da pena	20
2.2	Os critérios subjetivos da pena	27
2.3	Do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana	29
2.4	Do princípio da segurança jurídica à luz das funções da pena	32
2.5	Do princípio da individualização da pena	35
2.6	Do princípio da presunção da inocência	39
2.7	Princípio da vedação das penas de caráter perpétuo	41
3	O INSTITUTO DOS MAUS ANTECEDENTES	43
3.1	Do surgimento dos maus antecedentes e sua introdução no direito penal brasileiro	44
3.2	Dos critérios doutrinários e jurisprudenciais para configuração dos maus antecedentes	50
3.3	Os maus antecedentes à luz do direito penal do autor edo fato	53
4	A TEORIA DO DIREITO PENAL DO AUTOR NA LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	59
4.1.	O artigo 97 do Código Penal	59
4.2	O agente com maus antecedentes e reincidente e o princípio da insignificância	60
4.3	O direito penal do fato	63
4.4	Dos tratados internacionais adeptos à práticasressocializadoras	67
5	ESTUDO DE CASO DOS MAUS ANTECEDENTES À LUZ DA TESE DE REPERCUSSÃO GERAL N° 150	71
5.1	O entendimento do stf na não limitação temporal no uso dos maus antecedentes através da tese de repercussão geral	71
5.1.1	Sobre o fato	72
5.1.2	A tese da defesa	73
5.1.3	A tese da Acusação	78
5.1.4	Análise do voto dos ministros	80
5.2	O entendimento do tribunal de justiça do estado domaranhão antes e depois do julgamento do recurso extraordinário 593818	88
5.3	A (in)segurança jurídica representada pelas decisões vinculantes	94

5.4	Breves digressões acerca do instituto da ressocialização e do direito ao esquecimento - o que a ressocialização tem a ver com o direito ao esquecimento na esfera penal?	100
6	CONCLUSÃO	109
	REFERÊNCIAS	115

1 INTRODUÇÃO

As pesquisas sobre a análise da pena e suas finalidades são bem recorrentes na comunidade acadêmica, porém poucas se realizam sob o enfoque da fase da fixação desta e muito menos dos elementos subjetivos do réu que são levados em consideração na dosimetria da pena. Isso justifica-se por se tratar de matéria sensível que provoca discussões variadas e que levam a conclusões bastante divergentes.

Portanto, a presente pesquisa é pertinente uma vez que no Brasil acontece cada vez mais um distanciamento da Teoria do Direito Penal do Fato nas sentenças penais condenatórias. Isso confirma-se pelo posicionamento contrário que o Supremo Tribunal Federal tomou com relação à utilização dos maus antecedentes do réu de modo indeterminado, ou seja, a qualquer tempo, os maus antecedentes poderão ser “resgatados” pelo magistrado para influenciar no agravamento da pena.

Desse modo, estudar os elementos subjetivos da fixação da pena, sobretudo os maus antecedentes, faz-se mister para analisarmos como há uma clara perda do enfoque da principal finalidade da pena: a ressocialização migrando novamente para o seu fim retrógrado, o retributivo, que há tempos o direito penal lutou para se desvencilhar, porém atualmente tem remado em uma direção contrária aos fins da pena.

A realidade é que, a influência de um crime anterior na análise da fixação da pena de um novo crime não condiz com as finalidades político-criminais que teorizou Roxin (1981) pelo contrário distancia-se cada vez mais de um direito penal restaurador, ou seja, o fato do indivíduo cumprir sua pena não se traduz em reinserção social.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal julgou, em 17/08/2020, o mérito do tema 150 com repercussão geral (RE 593818/SC), firmando a seguinte tese:

Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal. ” Portanto, é plenamente possível a utilização de condenações anteriores para valoração dos maus antecedentes na primeira fase da dosimetria da pena, mesmo que tenha sido ultrapassado período superior a 05 (cinco) anos da extinção da pena.

Assim, percebe-se que não há mais limitação temporal no uso dos maus antecedentes, refletindo na perpetuidade da pena, afrontando princípios constitucionais bem como o direito ao esquecimento de fatos negativos da vida do agente, uma vez que o STF deixou ao arbítrio do julgador a utilização dos maus antecedentes a qualquer tempo.

Numa pesquisa feita junto à base de dados do PPGDIR/UFMA, verificou-se não existir pesquisa sobre temática ora proposta, não obstante seja um tema com elevado potencial para a pesquisa acadêmica.

Sob outra ótica, a pesquisa proposta visou analisar o entendimento do Tribunal de Justiça do Maranhão no que se refere à utilização dos maus antecedentes em consonância com a tese de repercussão geral 150, com o fim de contribuir na análise do recrudescimento da pena com base na utilização de critérios subjetivos. Assim, foi realizada uma breve pesquisa junto ao Tribunal de Justiça do Estado, sobre os acórdãos (ref. 0807975-60.2018.8.10.0000 e 0133882020) em que os maus antecedentes foram utilizados para fins de agravamento de pena-base. Observou-se que, o Tribunal segue o mesmo entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal em que quando não é mais possível utilizar a reincidência em razão do período depurador, utiliza-se os maus antecedentes para exasperação da pena-base.

Em outro giro, a presente pesquisa justifica-se do ponto de vista social uma vez que a ausência de fixação de prazo pela lei na aplicação dos maus antecedentes, gera graves consequências práticas para o sujeito apenado. A consideração das referidas circunstâncias *ad eternum* não apenas afronta a vedação a penas de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, “b” da Constituição da República), mas é contrária às disposições referentes ao direito de ressocialização – e de recomeço - do condenado, previstas na lei infraconstitucional.

A pesquisa pretende conseguir contribuir com as pesquisas relacionadas às finalidades da pena, mas não tem o objetivo de encerrar a discussão, pelo contrário, espera colaborar com outras pesquisas ligadas ao tema.

No que se refere a metodologia utilizada neste trabalho, indispensável é a apresentação do método que foi utilizado nessa pesquisa. Traçar o caminho metodológico de modo claro, coeso, conciso, traduz a responsabilidade da pesquisa para com seu objeto de estudo e para a comunidade acadêmica.

A ciência constitui uma atividade que se propõe a demonstrar a verdade dos fatos experimentais e suas aplicações práticas, através do estudo de problemas solúveis, mediante método científico.

Portanto, a construção da teoria científica é produzida através da metodologia, ou seja, é a produção de conhecimento, a partir de pesquisas sistemáticas, organizadas e controladas metodicamente (GUSTIN; DIAS, 2002).

Assim, através de conceitos extraídos de vários autores que orientaram todo o campo metodológico, busca-se com a metodologia adotada trazer a hipótese e objetivos bem construídos para que, ao final, se tenha um produto da pesquisa de qualidade.

Desse modo, a epistemologia jurídica nos traz um estudo sistemático dos pressupostos, objeto, método, natureza e validade do conhecimento jurídico-científico, verificando suas relações com as demais ciências, ou seja, sua situação no quadro geral do conhecimento.

Todo conhecimento científico pressupõe uma ordenação intencional da inteligência e da vontade, capaz de permitir ao investigador alcançar um resultado dotado pelo menos de relativa certeza (REALE, 1987).

Para alcançar tal resultado, deve-se ter rigor metodológico, boa técnica para que o projeto acadêmico possa evoluir e alcançar a verdade científica, superando o senso comum, passando ao pensamento crítico.

Ao tratarmos da metodologia da pesquisa, ela direciona o pensamento e a prática exercida na abordagem da realidade onde estão incluídos, simultaneamente, a teoria da abordagem (métodos), os instrumentos de operacionalização do conhecimento (as técnicas) e a criatividade do pesquisador, com fins de construção de teorias.

Assim, a contrário senso, o rigor metodológico não limita a capacidade criativa do pesquisador, ela sistematiza os caminhos a serem traçados e os materializa formalmente (GUSTIN; DIAS, 2002).

Desse modo, engessar a pesquisa sociojurídica em apenas um método seria limitar o alcance da compreensão de toda pesquisa. Assim optou-se por utilizar os métodos científicos disponíveis para que o objeto de pesquisa seja explorado da melhor forma possível. Nos tópicos seguintes trabalharemos os elementos metodológicos que serão utilizados nesta pesquisa.

Nas lições de Gustin e Dias (2002), a escolha do método supõe uma concepção provisória da realidade a ser conhecida. Significando a adoção de uma postura político-ideológica perante a realidade, ou seja, a procura nas reivindicações e demandas sociais de uma racionalidade que se desprende da racionalidade formalista e que supõe a produção de conhecimento jurídico que não se isola do ambiente científico mais abrangente e se realiza por meio de reflexões discursivas inter ou transdisciplinares.

Portanto, após a conceituação da importância da metodologia e fixarmos o tipo de pesquisa a ser realizada, passa-se a explicar o raciocínio a ser utilizado na pesquisa.

Como forma de concretizar a vertente, o método a ser utilizado é o indutivo, uma vez que se trata de pesquisa que opera no campo teórico-interpretativo da realidade, em outras palavras, parte-se de premissas particulares de menor abrangência para tentar se chegar a resultados mais gerais, afirmações de maior amplitude, tentando de todo modo verificar e confirmar a hipótese apresentada.

Ou seja, parte-se daquilo por demais conhecido, sem estar adstrito a consensos, para chegarmos a ilações até então não realizadas; pela via do argumento, buscando-se ampliar o que está posto, rumando do conhecido para o desconhecido, do particular para o geral, com o objetivo último de elaborar uma forma de conhecimento que ultrapasse necessariamente aquilo que já estabelecido pelo senso comum (GUIMARÃES, 2019).

O método a ser utilizado será o monográfico, ou seja, aquele em que temas determinados são pesquisados, para que, da pesquisa, possam ser extraídas generalizações, investindo-se na interdisciplinaridade (GUSTIN, DIAS, 2002).

A pesquisa proposta é de tipo jurídico-descritivo (jurídico-compreensivo ou jurídico-interpretativo), logo a pesquisa não proporá soluções apenas descreverá o fenômeno do afastamento da aplicabilidade da Teoria do Direito Penal do Fato adotado no Brasil pelo uso da Teoria do Direito Penal do Autor refletido na fixação da Tese de Repercussão Geral 150. Isto não significa que não serão interpretados, mas somente que a contribuição que se deseja dar é no sentido de realizar análises rigorosas a respeito do objeto de estudo para dimensionar a extensão do problema e permitir seu diagnóstico (MONTEIRO; MEZZARROBA, 2009).

A pesquisa descritiva permite ainda, construir ou reconstruir o instituto dos maus antecedentes para reorganizar e iluminar as discussões acerca do seu uso na jurisprudência brasileira.

Ainda segundo Fonseca (2009), a aplicação do método de procedimento sociojurídico-crítico na pesquisa jurídico-científica. Entende-se que é possível aplicar o método aqui denominado para estudos descritivos de variados temas jurídicos com o objetivo de questionar e mesmo contestar definições, classificações, categorias, institutos e outras construções jurídicas positivadas, bem como opiniões doutrinárias estabelecidas., Portanto, quando bem conduzido, enriquece o conhecimento do direito, abrindo caminhos para a fundamentação de novas e mais apropriadas propostas de regulamentações, soluções ou decisões jurídicas, bem como a escolha de políticas públicas.

Esse modelo de pesquisa supõe a disposição do pesquisador para descrever, analisar, explicar e compreender até que ponto o direito dito institucionalizado ou positivado ainda serve, até que ponto precisa ser reformado, em que novas bases teóricas e novas regulamentações pode ser proposto e que novos modos de interpretar regras e princípios se ajustam aos fatos emergentes.

Assim, a presente pesquisa almeja desvendar os quadros teóricos de referência, os contextos até mesmo ideológicos que condicionam o significado construído de determinada realidade que se estuda. Ampara-se no conhecimento “criativo” dos clássicos, no diálogo com

as ideias que estes desenvolveram. Mas não se concentra em meramente repetir as ideias alheias.

Para que a perspectiva não se perca é preciso que o pesquisador mantenha um pé nos objetivos científicos e outro nas exigências da prática. Quer dizer, as conclusões da pesquisa científico-jurídica serão relevantes na medida em que, como já foi dito e redito, oferecerem suporte às atividades típicas dos operadores do direito, atividades que dizem respeito ao encaminhamento judicial ou não judicial de demandas visando a solução de controvérsias (FONSECA, 2009).

Quanto às técnicas de pesquisa, serão utilizadas a pesquisa bibliográfica, com especial atenção aos artigos científicos, dissertações e teses, a fim de entrar em contato com conteúdo científico validado.

Para isso, a realização e aprofundamento das futuras etapas de investigação demandaram duas técnicas pontuais: a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental.

A fase inicial consistiu no levantamento bibliográfico através da catalogação e da indexação de obras clássicas sobre os assuntos tratados, referentes ao estudo da pena e suas teorias e seus reflexos constitucionais.

Através do arcabouço teórico viabilizou-se a revisão da literatura nacional e estrangeira, contribuindo para a formação do conhecimento especializado, reflexivo e crítico do pesquisador, munindo-o para as demais etapas do processo de pesquisa.

Em seguida, o trabalho científico exigiu a pesquisa documental, conferindo dados em quantidade e qualidade para a corroboração das sustentações teóricas e preliminares e para a extração das informações necessárias para solucionar ou desenvolver extensões acadêmicas sobre a problemática proposta.

Recorrendo a análise de conteúdo, a missão inicial do pesquisador durante a pesquisa documental foi a de conduzir a organização dos documentos e elaborar os indicadores para sistematizar as operações de análise (BARDIN, 2016).

Por fim, as fontes de documentação encontravam-se disponíveis nos acervos e registros estatísticos disponibilizados pelo Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

No primeiro capítulo, tratou-se sobre a evolução das finalidades da pena, que, com a evolução da própria sociedade, a pena também evoluiu para atender aos anseios dos conflitos sociais que surgiam.

A ideia que se tinha, anteriormente é que ao separar os delinquentes iria ser restabelecida a ordem jurídica e por consequência, o bem-estar social, trazendo uma solução para a

civilização, no entanto, isso é mera ilusão. Nada diferencia o ser humano do outro ao estarem em locais diferentes, todos continuam sendo os mesmos, sendo o resto do mundo uma casa de pena (CARNELUTTI, 2015). Assim, não se trata de retirar o mérito do processo penal como forte contribuição para o restabelecimento da ordem jurídica, mas de não ser suficiente aos anseios que a civilização exige para que se viva em harmonia em um mundo justo.

Desse modo, o Direito Penal passa a assumir a função de proteção efetiva dos seres humanos, e a sua missão de prevenção ocorrerá na medida do necessário para aquela proteção, dentro dos limites fixados pelos princípios democráticos.

A trajetória e evolução da pena perpassou por caminhos hostis e nebulosos até chegar a um patamar aceitável, através de princípios constitucionais, que, verticalizados pelos tratados internacionais, colocaram o mecanismo da pena em um lugar admissível para o indivíduo, em que pese a eficácia dela ainda não seja suficiente aos anseios da sociedade atualmente.

Com a alteração do cotidiano, novos delitos cometidos e novas concepções sobre o que é um delito e quais são as responsabilidades do acusado, a pena tenta amoldar-se para atender a essas novas finalidades que o Direito Penal exige. É uma tarefa árdua e que nem sempre é justa. Para isso, os balizadores que se busca em uma pena justa são os princípios constitucionais que refletem as normas internacionais sobre o tema.

Nesse contexto, se alinha a teoria do Direito Penal do fato de Roxin (1981). O trabalho de Roxin (1981) costuma ser descrito como uma tentativa de construir o direito penal, e, especificamente a teoria jurídica do crime, na perspectiva da política criminal.

Assim, tem-se que a teoria do Direito Penal do Fato deve se encaixar no momento em que se considera o crime como praticado: puní-lo pelo ato praticado. As ideias fundamentais do autor oferecem critérios capazes de dar uma interpretação diferente e muito mais progressiva, racional e humana do direito positivo, sobretudo na fixação da pena.

Já no segundo capítulo, analisou-se a evolução da doutrina e da jurisprudência em relação a utilização dos maus antecedentes e adoção do direito penal do fato na dosimetria da pena em detrimento do direito penal do autor. Para isso, pesquisou-se os aspectos históricos dos maus antecedentes, sua trajetória até a sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro.

Fortemente influenciada pela escola positiva italiana, os maus antecedentes foram introduzidos no Código Penal de 1940, com o objetivo de individualizar a pena, e, portanto, aplicar uma pena mais justa e proporcional ao condenado. Além disso, propiciar ao juiz uma melhor orientação, permitindo-o valorar a pena-base qualquer pormenor que considerasse relevante, não devendo ou podendo a lei cindir ou discriminar as realidades diante das complexidades e da flutuação dos fatos sociais e dos fatos psicológicos. Assim, a introdução do

referido artigo, trazia um tom de otimismo em relação ao aumento do poder judicial na dosimetria da sanção, acreditando ter-se finalmente construído um sistema capaz de tornar a pena justa e proporcional com vistas ao caso concreto, considerando-se não só as prerrogativas do fato, mas também as de seu autor.

Nesse sentido, a aplicação da pena deixou de ser apenas cálculo aritmético com amplo espaço ao legislador, com definições fixas e objetivas de cálculo de pena, agora o magistrado poderia calibrar as armas legais para decidir cirurgicamente sobre a pena do condenado. Supunha-se que todo esse exercício para fundamentar a pena pudesse torná-la mais singular. Além disso, deveria estar alinhada com as finalidades político-criminais, como as da ressocialização.

Ocorre que, com o passar dos anos, essa discricionariedade concedida ao magistrado na aplicação da pena, trouxe consequências nefastas às condenações criminais, na ânsia do combate à criminalidade, também vieram grandes arbitrariedades reveladas nas sentenças criminais, havendo uma manutenção de práticas processuais penais coercitivas nada condizentes com as finalidades do processo penal moderno.

Em outras palavras, ao julgador é dado valorar os antecedentes criminais do agente, caindo, contudo, na deficiência de não estruturar elementos objetivos que permitam ao magistrado analisar a circunstância judicial sem subjetivismos ou sem se afastar da garantia do contraditório e ampla defesa.

Apesar de anos da inserção dos maus antecedentes no Código Penal para fins de agravamento da pena-base, observando a ausência de elementos objetivos que pudessem esclarecer a primeira fase da dosimetria da pena, não houve proposta legislativa para correção e tampouco a jurisprudência brasileira corrigiu as lacunas deixadas pelo legislador, pelo contrário, caminhou no mesmo sentido do conservadorismo dogmático penal retrógrado.

Assim, foram trazidas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que demonstrou a utilização do Direito Penal do Autor em detrimento do Direito Penal do Fato, com os critérios de utilização dos maus antecedentes.

Em seguida, foi tratado especificamente sobre o Direito Penal do Autor e como ordenamento jurídico internacional tem adotado essa teoria e como o ordenamento jurídico brasileiro tem incorporado as suas recomendações. Para a referida teoria, em uma análise assertiva conjugada de Ferrajoli e Roxin, o Direito Penal não pode consistir na retribuição da culpa, mas apenas na ressocialização e nas inadiáveis exigências da prevenção geral, além de renunciar a conceitos que refletem tendências subjetivas como o cerne da descrição do fato criminoso.

Ao final, foi feita a análise da Tese de Repercussão Geral 150, com a descrição dos votos dos ministros, os argumentos da defesa e da acusação, e por fim, como o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão utilizou o critério de limitação temporal no uso dos maus antecedentes antes e após a fixação do entendimento de repercussão geral 150 e quais as consequências dessa utilização para os fins políticos-criminais da pena, tais como a ressocialização e o direito ao esquecimento na esfera penal.

2 **PENA:** aspectos conceituais e constitucionais

Inicia-se este capítulo tratando sobre os aspectos introdutórios da pena, seu surgimento, suas reformulações ao longo da história da sociedade, destacando-se o início dos estudos de critérios subjetivos do acusado para integrar em sua pena.

A Constituição Federal de 1988, se tornou a norma maior do ordenamento jurídico brasileiro, vinculando todos aqueles que com ele se relacionam, na qual se define, dentre outras, ser inviolável a dignidade da pessoa humana. Ao tratar da execução da pena de prisão, a norma acima citada, no seu artigo 5º, XVIII, estabelece que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, além dos princípios da individualização da pena, vedação da pena de caráter perpétuo, da presunção da inocência e segurança jurídica.

Assim, é inconteste que no direito constitucional brasileiro são devidamente previstos diretrizes a serem seguidas no momento de instauração do processo criminal, bem como na execução das penas de cunho criminalizador.

No que tange às discussões da prisão em segurança, é necessário se levar em consideração o princípio da proporcionalidade, diretriz que preconiza a necessidade de a pena aplicada ser proporcional ao crime cometido, bem como a outros princípios mencionados na Constituição Federal. Cabe enfatizar que, distintos padrões normativos partem inclusive do direito internacional, tratando não só da proibição de penas de caráter perpétuo, como também da ressocialização do condenado, visando à promoção de uma melhor convivência, tanto entre o próprio sentenciado, como também entre a vítima e o sociedade. Assim, a condenação por meio de pena privativa de liberdade deve dever-se restringir ao momento do cumprimento da sentença imposta, a qual consiste na separação temporária do infrator da sociedade, assegurando-se o retorno para a comunidade na execução desta pena.

Assim, verifica-se que a aplicação da pena privativa de liberdade, em sua execução deve melhorar o seu entendimento, assentando-se em princípios constitucionais que garantam o devido respeito à dignidade da pessoa humana, individualização da pena, segurança jurídica, bem como a presunção da inocência,

Realizou-se uma análise dos princípios da dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, segurança jurídica, individualização da pena e da vedação das penas de caráter perpétuo, incluindo-se a preservação de garantias do indivíduo dentro dos ordenamentos dos Estados para analisar a conformidade das sentenças criminais em uma perspectiva constitucional.

2.1 Conceito e características da pena

A ideia da pena surge em um conceito anterior, do estabelecimento do contrato social em que o ser humano abre mão de sua liberdade individual em prol do bem comum geral. Partindo da soma das liberdades renunciadas, constitui-se a soberania da nação. Nesse contexto, designa-se aquele responsável pelas leis como o responsável pela garantia da ordem e pelos desejos renunciados. Não sendo suficiente a figura do depositário das leis, foram necessários meios sensíveis e poderosos para assegurar que ninguém descumprisse o contrato social estabelecido. Tais meios foram as penas contra os que infringiam as leis (BECCARIA, 2014).

Em outras palavras, o direito de punir justifica-se pela necessidade de se manter o equilíbrio entre as liberdades renunciadas dos indivíduos e a segurança naquele que tem o dever de fazer cumprir as leis: quanto mais justas forem as normas menor será exercido o direito de punir.

Com leis penais claras, a segurança jurídica é reforçada e o cidadão tem a maior liberdade de avaliar as possíveis consequências de infringir a lei penal em uma eventual ação reprovável. Não se pode desviar a análise das leis para aqueles que tem o dever de cumprir as normas, mas somente ele tem o poder de fazer cumpri-las, pois o juiz só tem o poder de examinar se tal homem cometeu ou não o ilícito penal.

Se o juiz for obrigado a elaborar um raciocínio a mais ou se fizer de acordo com seu raciocínio que estabeleceu o legislador, o direito de punir torna-se obscuro: é abandonar as leis e se render ao raciocínio dos julgadores. Cada homem, com sua maneira de ver o mundo, influenciado por suas paixões, por suas referências intelectuais, familiar, política, entre outras, corre sério risco de trair o espírito das leis.

Além disso, as penas devem ter o objetivo de reprimir novas infrações pelo indivíduo e evitar o nascimento de novos infratores. Para isso, é necessário equalizar a relação entre delito e a pena. Deve-se aplicar a pena proporcionalmente ao delito, escolhendo-se os meios eficazes e menos cruéis.

Para aplicar uma pena proporcionalmente é necessário avaliar o crime cometido objetivamente, pela letra fria da lei. Com a evolução da sociedade e o acréscimo de risco dela, surgem novos delitos. Por outro lado, não há como surgir penas mais cruéis e o desafio adequar os novos delitos proporcionalmente às penas já existentes.

É muito melhor prevenir o delito do que remediá-lo. Para isso, deve-se ter uma legislação que proporcione aos seus súditos bem-estar, além de assegurá-los que toda e qualquer infração à lei levará a reprimenda adequada cujas finalidades desta se valerão.

Segundo Beccaria (2014), a elaboração de leis simples e claras produz na sociedade a quantidade de vigilantes prontos para defendê-las em prol do bem-estar social, diminuindo substancialmente a minoria que deseja excluí-las.

A lei não deve beneficiar classes sociais e sim proteger igualmente os cidadãos, produzindo um temor saudável entre todos e não um temor por aquele que as aplica. Em resumo, para que não se torne um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser pública, pronta, necessária, sendo a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcional ao delito e determinada pela lei.

Nas palavras de Carnelutti (2015) o juízo penal precisa, além do fato, conhecer o homem; e conhecer o homem não ocorre sem reconstruir-lhe a história. Um homem é, porém em si a sua história. E sua história é composta não somente do seu passado, mas também do seu futuro. O presente é síntese do passado e do futuro, ou seja, o juiz deve por força trazer a história tanto ao momento do delito como ao momento do julgamento; já o que vem depois não pode ter em conta porque não se pode adivinhar.

Todavia, por mais desconhecido, também o futuro é real. O juízo, para ser justo, deveria ter em conta não somente o mal que um teria feito, mas também o bem que fará; não só da sua capacidade para delinquir mas também para se redimir.

A história do acusado deve ser contada quando o julgador faz a análise da formação da culpa, devendo ser levada em consideração para fazer uma análise mais assertiva na hora do julgamento, sobretudo de maneira imparcial.

Carnelutti (2015) afirma ainda que, o juiz deve analisar o caso concreto não com sua alma, mas com a alma do acusado que precisa de um julgamento sincero. Quanto mais justo for o julgamento do acusado, mais possibilidade de rendição ele terá.

A ideia do delito nos remete a uma desordem instaurada e que através do julgamento deve ser restabelecida. O delito é um fato acontecido, ou seja, no passado, que o presente, através do julgamento, deverá definir o futuro do acusado.

Esse passado construído erroneamente merece ser reconstruído para basear o futuro, isso traduz-se na pena. Ela é o instrumento pelo qual o condenado deve passar para ter seu futuro reconstruído.

Diante disso, a função da pena tem dois objetivos: a preventiva e punitiva.

Segundo Carnelutti (2015), a função de prevenir está a cargo do legislador, estabelecendo através das normas todos os ilícitos penais e suas consequências. Já a função de correlacionar as leis ao fato típico é do juiz, que possui pouca liberdade de atuação na análise do processo penal. Esta distinção foi chamada de mecanismo empírico, privando o arbítrio do

magistrado, uma espécie de liberdade vigiada. Para ele, essa privação é prejudicial ao juiz que, em alguns casos, avaliando a história do condenado merece uma reprovação menor que a lei fixou, passando a ser uma condenação injusta.

Após o julgamento, o processo penal se encerra no tribunal mas inicia na penitenciária e o anseio do encarcerado é voltar ao convívio humano, de ser um homem livre. O processo se encerra com a liberdade deste, mas a pena, não, ela permanece ainda depois do cárcere.

O encarcerado vislumbra que, ao sair e ir de encontro à liberdade, ele a terá, mas não é o que ocorre, pelo contrário, o seu passado o aprisiona e reflete diretamente o seu novo presente.

O Estado se comporta desta maneira: proclama princípios mas estabelece leis que reforçam o estigma de ex-presidiário.

A ideia que se tem é que ao separar os delinquentes irá ser restabelecida a ordem jurídica e por consequência, o bem-estar social, trazendo uma solução para a civilização, no entanto, isso é mera ilusão. Nada diferencia o ser humano do outro ao estarem em locais diferentes, todos continuam sendo os mesmos, sendo o resto do mundo uma casa de pena (CARNELUTTI, 2015).

Assim, não se trata de retirar o mérito do processo penal como forte contribuição para o restabelecimento da ordem jurídica, mas de não ser suficiente aos anseios que a civilização exige para que se viva em harmonia em um mundo justo.

Desse modo, o Direito Penal passa a assumir a função de proteção efetiva dos seres humanos, e a sua missão de prevenção ocorrerá na medida do necessário para aquela proteção, dentro dos limites fixados pelos princípios democráticos.

Desta forma, a prevenção realizada pelo Direito Penal é limitada, e permite combinar a necessidade de proteger a sociedade com as garantias aos seres humanos oferecidas pelos princípios limitadores (matriz constitucional penal proibitiva).

O Direito Penal deve estudar o criminoso em espírito e matéria, como pessoa humana, em face do princípio ético a que está sujeito e das regras jurídicas que imperam na vida social, e também ante as leis do mundo natural que lhe afetam a parte contingente e material.

Nesse contexto, a pena se apresenta como elemento integrador para concretizar os fins do Direito Penal.

A trajetória e evolução da pena perpassou por caminhos hostis e nebulosos até chegar a um patamar aceitável, através de princípios constitucionais, que, verticalizados pelos tratados internacionais, colocaram o mecanismo da pena em um lugar admissível para o indivíduo, em que pese a eficácia dela ainda não seja suficiente aos anseios da sociedade atualmente.

Desse modo, diretamente influenciada pelos movimentos sociais, a pena sempre foi considerada necessária ao equilíbrio da sociedade, com o fim de restabelecer e reprimir delitos. Assim, a pena atravessou um caminho em busca de proporcionalidade e adequação ao delito e, até os dias de hoje, busca-se isso.

Com a alteração do cotidiano, novos delitos cometidos e novas concepções sobre o que é um delito e quais são as responsabilidades do acusado, a pena tenta amoldar-se para atender a essas novas finalidades que o Direito Penal exige. É uma tarefa árdua e que nem sempre é justa. Para isso, os balizadores que se busca em uma pena justa são os princípios constitucionais que refletem as normas internacionais sobre o tema.

Antigamente, na idade antiga, conceituava-se pena como caráter meramente retributivo tendo como exemplo a Lei de Talião. Com a chegada da idade média, o avanço da sociedade e das relações, tal caráter retributivo passou a ser insuficiente, era necessário antecipar as penalidades aos possíveis delitos. Assim, foram criados os primeiros códigos penais que estabeleciam embrionariamente algumas ações reprováveis e suas consequências. Assim, surgem as primeiras penitenciárias.

Fortemente influenciada pela igreja católica as penas eram guiadas em nome de Deus, da bíblia e da religião através do poder inquisitorial da Igreja Católica.

Já na idade moderna, com a ampliação da laicidade do Estado, começam a aparecer penas ligadas ao processo penal legal, buscando-se um ideal de justiça muito vinculado à racionalidade do homem, influenciado por ideais iluministas, tornando a aplicação da pena realizada por autoridades públicas.

Em razão de vários excessos praticados em penas desproporcionais e inadequadas, buscou-se a exclusão de penas de morte, longos anos de pena e penas de tortura e todas aquelas que agridissem a integridade física do condenado.

A sociedade buscava penas onde não houvesse o sentimento de impunidade instalado mas que também o condenado não sofresse demais pelo delito praticado, tentando encontrar um ponto de equilíbrio entre os dois aspectos.

Assim, as legislações dos países tentaram adequar-se aplicando a fórmula para que pudesse se buscar tal harmonia. Ocorre que, nem sempre o legislador baseou as leis penais e penas de seu países de acordo com fins humanitários mas sempre influenciado pelas convicções culturais e sociais de cada país, gerando uma infinidade de incongruências que perduram até os dias de hoje.

O progresso cultural da humanidade foi acompanhado de um avanço no conhecimento do homem, acarretando um maior respeito para com ele e a pena acompanhou sua evolução.

No passado o criminoso era eliminado pela reação coletiva ou individual, esta última como consequência de uma imposição do próprio grupo. A execução atingia também os seus bens e se estendia a outras pessoas da família. Gradativamente, a punição foi sendo limitada ao infrator, porém sem demonstrar maiores preocupações com a sua recuperação. O passo mais importante foi quando passou a adotar o critério Beccariano da proporcionalidade, a que se seguiu, como decorrência do princípio da individualização.

Os séculos XVIII e XIX assistiram ao progresso das ideias liberais plantadas pelo iluminismo. As que mais se destacaram, com a quebra da origem das penas dada sob as justificativas morais-religiosas, são as ideias Lombrosianas acompanhadas de seus sucessores. O penalista italiano ligou a ideia do criminoso a fatores antropológicos, procurando combater a delinquência através do homem e do meio em que convive, através do estudo dos fenômenos sociais e culturais, instituindo as medidas repressivas através de análise científica, com a finalidade de defender a sociedade. A pena, nesse período, tinha o objetivo de eliminar e corrigir o criminoso.

Para Pimentel (1972) a pena foi qualificada não como um mal oposto ao delito mas como uma oportunidade para combater a periculosidade revelada pelo agente. Nessa grande aproximação do estudo científico do homem para justificar a ideia do delinquente e aplicação de pena, o direito penal obteve várias influências filosóficas e sociológicas que tiraram o foco da dogmática penal, perdendo espaço o estudo das normas propriamente ditas para fins de regulação das medidas penais. Dessa maneira, foi necessário fixar limites para que a o excesso de intromissão das outras ciências não prejudicassem a eficácia das normas penais, através de teorias que não atendiam as finalidades jurídico-penais.

Assim, os estudos concentrados substancialmente na dogmática penal, foram tidos como avanços na seara da teoria da pena. Ela foi definida como uma reação jurídica contra o delito e consequência do mesmo (PIMENTEL, 1974).

Liderada por Marc Ancel (1979), na França, e por Filippo Grammatica (1974), na Itália, toma vulto, atualmente, a chamada Escola do Néo-Defensismo Social, cujos postulados, em relação à pena, se destacam como uma reação ao Sistema unicamente retributivo.

Segundo Ancel (1979), a defesa social supõe, em primeiro lugar, uma concepção geral do sistema anti-criminal, a qual visa não a punir uma culpa e a sancionar, mediante o castigo, a violação consciente de uma norma legal, mas a proteger a sociedade das ações delituosas.

Observa-se que a evolução do caráter sancionatório evoluiu com a sociedade e que a pena, que tinha predominantemente o caráter de violência e violação da integridade física do delinquente, com o passar dos anos, e estudos sobre o direito penal, não diminuía os delitos, e

nem a tentativa de eliminação do criminoso através de pena de morte não possuía o caráter repressivo que se acreditava ter.

Desse modo, foi necessário um esforço dos pensadores ao elaborarem as teorias, levando em consideração todos os fatores que analisavam a criminalidade, não só o criminoso e nem só a pena aplicada, mas estudar ambos os fenômenos conjuntamente para que se chegasse a soluções mais aceitáveis para a redução da pena.

Com a chegada da Teoria da Defesa Social, tem-se um apanhado mais assertivo sobre a eficácia da pena, levando em consideração a reeducação do criminoso, sobressaindo o caráter individualizador da pena.

Portanto, com a evolução da sociedade, o conceito de pena evoluiu e chegamos ao que se entende hoje, por doutrinários.

Firmada como sanção principal, passou a pena de prisão, nestes dois últimos séculos, por transformações que a modificaram inteiramente.

Hoje, decididamente, são reconhecidos os males insanáveis agregados à rotina da execução desse tipo de sanção. Conhecemos o suficiente para saber que a prisão, em si mesma, não é apta para reformar o homem, podendo apenas servir como um meio de segregá-lo do convívio social, para o efeito de ser submetido a um tratamento adequado.

O crime é, seguramente, a manifestação de desajustamento do seu autor às normas de comportamento estabelecidas e aprovadas pelo grupo social. Várias são as causas desse desajustamento. Mas acredita-se que todas elas são removíveis.

Destas considerações surge, como corolário inafastável, a conclusão de que a pena não deve ser considerada, no atual estágio da ciência penal, como castigo, devendo ser eliminado do seu conteúdo qualquer colorido de retribuição (PIMENTEL, 1974).

Nesse contexto, se alinha a teoria do Direito Penal do fato de Roxin (1981). O trabalho de Roxin (1981) costuma ser descrito como uma tentativa de construir o direito penal, e, especificamente a teoria jurídica do crime, na perspectiva da política criminal.

Assim, tem-se que a teoria do Direito Penal do Fato deve se encaixar no momento em que se considera o crime como praticado: puní-lo pelo ato praticado. As ideias fundamentais do autor oferecem critérios capazes de dar uma interpretação diferente e muito mais progressiva, racional e humana do direito positivo, sobretudo na fixação da pena. Assim, tais critérios baseiam-se em dois pontos fundamentais.

O primeiro deles é o de que a culpabilidade, por si só, entendida como a possibilidade de agir diferente, é insuficiente para justificar a imposição de uma pena. A isso, deve-se acrescentar que a consideração preventiva, tanto geral quanto especial, de que a pena é

necessária para reforçar o sentimento jurídico e a fé no direito da coletividade, bem como agir sobre o autor do crime, evitando que incorra em reincidência. Quando nenhum desses efeitos preventivos é necessário, mesmo que o agente tenha agido culposamente no sentido tradicionalmente usado da palavra, a pena não pode ser imposta.

Com base nesse entendimento, Roxin (1981) prefere falar de "responsabilidade" ao invés de "culpabilidade", e sustenta que, em todo caso, "a culpa é cunhada do ponto de vista político-criminal pela teoria dos fins da pena".

O outro ponto do pensamento de Roxin (1981) é o de que a culpa constitui o limite máximo, a barreira intransponível, que, em nenhum caso, pode ser ultrapassada ao determinar a pena aplicável ao autor de um crime no caso concreto. Mas, abaixo desse limite máximo, só existem considerações preventivas e, certamente, aquelas denominadas preventivas especiais: a reeducação e reinserção social do delinquente.

Portanto, a missão do Direito Penal não deve consistir na retribuição da culpa, mas apenas na ressocialização e nas inevitáveis exigências de prevenção geral. Uma concepção diferente só poderia ser mantida se adotasse a teoria retributiva, entendida como totalmente desvinculada das necessidades político-criminais.

A crítica de Roxin (2006) defende que, embora a teoria do delito por ele proposta, utilizando um conjunto sistemático de culpabilidade e aplicação da pena, baseado em valores político-criminal seja a mais adequada e justa, não se pode dizer que vem sendo aplicada, uma vez que os critérios sistemáticos político-criminal não são valorados no sistema de acusação, o que deriva numa dupla acusação, de tal maneira que, se sob o ponto de vista dogmático está correto, por outro lado, sob o ponto de vista político-criminal está equivocado (direito penal e política criminal, embora estejam devidamente alinhados não são aplicados conjuntamente, as suas esferas seguem reciprocamente desvinculadas).

Para o autor, o Direito Penal é, antes de tudo, a maneira pela qual os propósitos político-criminais são transformados em módulos de validade jurídica. Se a teoria do crime for estruturada teologicamente nesse sentido, as objeções formuladas contra a dogmática conceitual abstrata oriunda dos tempos positivistas desaparecerão (ROXIN, 2006).

Assim, neste trabalho será desenvolvido uma análise baseada na Teoria do Direito Penal do Fato mas para isso será preciso sedimentar a análise da fixação da pena adotada com base em critérios subjetivos para fins de fixação da pena base, com o objetivo de entender o mecanismo de fixação e a justificativa para adoção de tais critérios.

2.2 Os critérios subjetivos da pena

Influenciadas por ideias da Escola Positivista Italiana e a Teoria de Defesa Social, médicos e juristas brasileiros buscaram consolidar a Criminologia como uma área de conhecimento pretensamente científica.

A grande marca dessa produção legislativa, no que se refere aos fins da pena e aos critérios de sua aplicação, está na necessidade de defesa social contra a má índole do delinquente, ideia que permite que o subjetivismo do agente como critério de aplicação de pena e pelo conceito de periculosidade, seja erigido a critério de incidência da lei penal.

Em 1932, Assis Toledo aponta esse período como o mais sensível da ciência penal no Brasil, já que o país necessitava de um direito penal que pudesse oferecer os métodos de pesquisa e os fundamentos científicos para a modernização da nossa legislação penal.

Tal deficiência começa a desaparecer com o surgimento de autores como Galdino Siqueira (1913), Silva (2004) e Hungria (1958).

Nota-se que há uma mudança na análise da subjetividade do delinquente. As primeiras teorias referentes à figura do criminoso estão ligadas ao seu aspecto físico, biológico e psíquico (Escola Positivista Italiana). Já no Século XX esse subjetivismo refere-se ao indivíduo e sua relação com o meio social em que convive, assentando a execução penal sobre uma classificação de delinquentes, ou seja, uma relação criminal corrigível ou incorrigível, com maior ou menor tendência para delinquir. Tais classificações representam um avanço na finalidade da pena mas longe de alcançar uma efetividade.

Partindo da ideia de que o crime é sintoma da personalidade do agente, a periculosidade do criminoso sempre foi marcadamente pressuposto para aplicação da pena e critério de culpabilidade que foram refletidos na elaboração e aprovação do Código Penal de 1940.

Já na exposição de motivos do referido código, se via a aplicação direta do entendimento da Escola Positivista Italiana já difundidas nas legislações de outros países. A pena foi adotada como finalidade retributiva e intimidante. Na aplicação da pena, o projeto de lei deu grande liberdade ao magistrado para fixação.

O conceito de periculosidade, altamente subjetivo, foi trazido no artigo 77 do código penal e nos informava que a periculosidade do agente se dava através da análise da personalidade, antecedentes, motivos e circunstâncias do crime, no entanto, voltava-se a análise para característica da reincidência. Em outras palavras, a análise para caracterização da reincidência perpassava pelas características pessoais do agente e não se ele havia praticado outros crimes, como nos dias atuais.

Além disso, o Código Penal (BRASIL, 1940), em seu conteúdo original, também previa classificações de periculosidade presumida do delinquente.

Art. 78. Presumem-se perigosos:

- 2.1.1 Aqueles que, nos termos do art. 22 são isentos de pena;
- 2.1.2 Os referidos no parágrafo único do art. 22;
- 2.1.3 Os condenados por crime cometido em estado de embriaguez peloalcohol ou substâncias de efeitos análogos, se habitual a embriaguez;
- 2.1.4 Os reincidentes em crime doloso;
- 2.1.5 Os condenados por crime que hajam cometido como filiados a associação, bando ou quadrilha de malfeitores

O art. 42 do Código Penal (BRASIL, 1940), muito semelhante ao atual art. 59, já incluiu a personalidade do agente como critério de fixação da pena, o que já se reconhecia embrionariamente como seria aplicada a legislação nos dias atuais, notadamente subjetivista.

Art. 42 – Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, a intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às consequências do crime:

- 2.1.5.1 Determinar a pena aplicável, dentre as cominadasalternativamente;
- 2.1.5.2 Fixar, dentro dos limites legais, a quantidade de penaaplicável.

Segundo Lyra (1955), o art. 42, acolheu em essência, os índices de periculosidade de Ferri (1996) (motivos, antecedentes e personalidade do agente); motivos e fato criminoso (“circunstâncias e consequências do crime”), o que acarretou um aumento progressivo no número de carcerários e análise imprecisa e arbitrária pelos magistrados na aplicação da pena, baseada, sobretudo, na análise falha da periculosidade do agente.

Em uma tentativa fracassada de restaurar a eficácia do Direito Penal no país, o Código Penal se tornou eminentemente repressivo, pois não havia estrutura para aplicar as normas de medidas de segurança, tais como estabelecimentos prisionais que visassem a finalidade da lei penal pretendida, além da ausência de equipe técnica apta a “tratar” os delinquentes custodiados nos estabelecimentos prisionais. Assim, o que se viu foi um país com um índice de superlotação carcerária, sem qualquer estrutura para atender aos anseios sociais da aplicação da pena (LYRA, 1955).

Em razão de tantos problemas com o sistema penal atual, na década de 80 foi elaborada a reforma da parte geral do Código Penal visando a mudança no sentido da aplicaçãoe finalidade da pena.

Nos projetos de reforma (agora transformados em lei) a pena criminal adquire, pois, para o direito brasileiro, um novo sentido, a qual estará indissolavelmente, ligada a mencionada exigência de necessidade da pena, com as significativas consequências daí decorrentes. Mas não é só. Adotou-se, igualmente, sem restrições e as reservas do

passado, o princípio da culpabilidade. Assim, com a reforma em exame, não se admitirá a aplicação da pena sem que se verifique a culpabilidade do agente por fato doloso ou por pelo menos culposos. E dessa tomada de decisão extraíram-se as devidas consequências: aboliu-se a medida de segurança para o imputável (...). Com isso, tivemos oportunidade de afirmar, adotou-se um direito penal do fato-agente que não descarta o agente-fato, num esforço de compatibilização, nos limites do possível, entre as teorias da culpabilidade da condução de vida e da culpabilidade do fato singular, dando-se não obstante, nítida prevalência à segunda corrente, ou seja, aquela que se traduz em direito penal do fato (BRASIL, 1980).

Nota-se que, com a reforma da parte geral, aboliu-se o conceito de periculosidade presumida como pressuposto de aplicação da pena, adotando-se a culpabilidade, baseado no Direito Penal do Fato. Em outras palavras, a partir da mudança de enfoque na análise do indivíduo para critérios de fixação da pena, tem-se que o fato é que ditará as regras de aplicação das regras penais, ou seja, o Código Penal estabelecerá quais são os fatos puníveis e suas penas, não o inverso, quando a personalidade do agente definia qual tipo de pena deveria ser aplicada a ele.

A mudança substancial na legislação permitiu análises muito mais contundentes, justas realizadas pelo magistrado para a aplicação da lei penal. A adoção do critério de culpabilidade, através de critérios mais objetivos traz às condenações penais elementos mais democráticos, porém não retirando completamente a subjetividade na individualização da pena, o que faz ainda que haja sentenças arbitrárias e sem cunho objetivo, aumentando ao seu próprio critério.

Ao que parecia, num primeiro momento, o Direito Penal Brasileiro iria caminhar pelo Direito Penal do Fato e assentar sua legislação em critérios objetivos mais justos para aplicação da pena, mas o que se viu foi o contrário, pois ao longo dos anos, a jurisprudência e a doutrina utilizam cada vez mais a personalidade do agente como critério de culpabilidade e fixação da pena, resultando na análise da intimidade do acusado para fixação da pena, como veremos adiante.

Apesar dessa tímida alteração na prática nos critérios de fixação da pena, tivemos conquistas também, com a aprovação da lei que reformou a parte geral do Código Penal em 1984. Quatro anos mais tarde, tivemos a promulgação da Constituição Federal de 1988 que consagrou os princípios constitucionais como da Dignidade da Pessoa Humana, Segurança Jurídica, Vedação ao Caráter Perpétuo das Penas, e Princípio da Individualização da Pena.

2.3 Do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana

Quando se trata dos princípios constitucionais penais, se está referindo à promoção constitucional das garantias do direito penal.

Estes princípios, transformados em garantias constitucionais, exigem também que as leis sejam definidas com precisão para evitar que produzam legislações inconstitucionais, permanecendo um quadro constitucional inviolável para os futuros projetos de lei em matéria penal, havendo um esforço para construir um direito penal com base nos direitos fundamentais outorgados na carta magna, evitando-se assim, uma excessividade na sanção penal pelo Estado (HASSEMER, 2005).

Além disso, esse esforço deve ser realizado para que haja uma adequada e proporcional condução do processo penal assegurando a legalidade e proporcionalidade aos acusados , proferindo sentenças judiciais que prestigiem as normas de garantias fundamentais.

No âmbito do direito constitucional ocidental, percebeu-se a abertura à elaboração de textos constitucionais eivados de princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade humana.

A respeito disso, a Constituição Brasileira de 1988 inaugura a previsão de princípios fundamentais, tendo como valor fundamental o princípio da dignidade da pessoa humana.

Apesar de ter iniciado essa mudança desde a década de 1940, somente com a promulgação da nova constituição que o Brasil iniciou a pauta valorativa afeta à proteção dos direitos humanos, em suas mais vastas dimensões, num tom mormente principiológico, a partir do reconhecimento de sua dignidade intrínseca.

A partir dessa nova racionalidade, passou-se a tomar o Direito Constitucional não só como o tradicional ramo político do sistema jurídico de cada nação, mas sim, notadamente, como o seu principal referencial de justiça (PIOVESAN, 2016).

Desse modo, tais transformações ensejaram uma profunda reformulação no próprio Direito Constitucional, vez que o estudo dos princípios fundamentais revelando o núcleo da Constituição extraía toda a força normativa do Estado, refletindo diretamente no cenário jurídico brasileiro.

A tratativa dos princípios não mais como do direito, mas sim da Constituição, começa a ser delineada com mais densidade. Tal ideia é trazida por Hesse (1991) que diz que a completude da norma só é alcançada quando aplica-se a norma jurídica - formada pelo texto de lei e o princípio - ao caso concreto, sendo tal concretização um trabalho técnico-jurídico.

Diferencia-se da interpretação do texto da norma, pois utiliza-se como balizador o princípio constitucional na análise dos problemas concretos. Em outras palavras, a Constituição não codifica, somente regula aquilo que aparece como importante, pontual e carente de determinação, todo o resto fica a cargo da ordem jurídica restante. Isso justifica o caráter aberto das normas constitucionais para que possam ser utilizadas no caso em que forem suscitadas e

aplicadas ao caso concreto, impondo o caráter normativo que possuem tanto quanto as outras normas jurídicas de caráter fechado.

O que fortalece e potencializa a efetividade dos princípios constitucionais é não só a sua aplicação ao caso concreto como também o reflexo às normas abstratas. Nesse sentido o princípio da dignidade da pessoa humana, aparece como norma fundamental que transcende o positivismo e está intrínseco ao ordenamento supranacional.

Assim, tal princípio é o principal regulador das possíveis inconstitucionalidades, ou seja, todo a legislação deve se amoldar à dignidade da pessoa humana, contrariando-o, considera-se nulo.

Ademais, sendo a dignidade humana um objetivo máximo do Estado, estabelece limites específicos para cada homem, com fundamento no respeito pela plenitude das pessoas, onde cada um deve respeitar o indivíduo em sua própria pessoa.

Porém, a dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever para as pessoas como também condutas positivas a fim de assegurar proteção e conduzir as relações sociais de todos os povos, guiando não só direitos fundamentais, como toda a ordem constitucional, mas a dignidade constitui um princípio de maior hierarquia e valorização.

Muito distante de uma fórmula abstrata ou mera declamação, à qual falta significado jurídico, cabe a esse princípio o peso completo de uma fundação normativa.

Em outro giro, o princípio da dignidade da pessoa humana passou por várias reformulações até chegar no status de direito fundamental. Isso se deu em razão dos anseios da sociedade em estabelecer um mínimo de dignidade universal.

Analisar o princípio da dignidade da pessoa humana faz com que se traga uma série de contextos culturais, sociais e políticos em sua aplicação, para a ordem constitucional.

A imagem do homem não pode ser analisada isoladamente ou ignorando o seu retrospecto histórico, suas raízes, mas, compreendido como pessoa, de valor próprio indisponível, destinado ao livre desenvolvimento, membro de comunidades, de matrimônio e família, pertencente a grupos sociais e políticos, além de pertencer ao próprio Estado, situado nas mais diversas relações sociais humanas.

A dignidade da pessoa humana simboliza, um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, dotando-lhe especial, racionalidade, unidade e sentido.

Barcellos (2002) afirma que as normas-princípios sobre a dignidade da pessoa humana são, por todas as razões, as de maior grau de fundamentalidade na ordem jurídica e, como um todo, a elas devem corresponder as modalidades de eficácia jurídica mais consistentes.

Assim, por todo seu caráter transcendental, o princípio da dignidade da pessoa humana irradia em todas as áreas do direito. No direito penal guarda especial relevância, em razão do histórico das penas que encontra conflito direto com o princípio.

Partindo do pressuposto que, a dignidade da pessoa humana envolve todo e qualquer humano, inclui-se também o condenado, que tem o direito de cumprir sua pena com dignidade, assegurando-lhe todas as garantias que lhe são reservadas igualmente como os outros cidadãos.

Sob forte influência dos Tratados Internacionais de direitos do condenado, tais como a Regra de Tóquio que já manifestava a sua preocupação com a dignidade do apenado, onde se previu que a dignidade do infrator deve ser protegida a qualquer momento. Já nas Regras Mínimas para o Tratamento de Pessoas Reclusas (Regras de Nelson Mandela), em sua primeira recomendação, regra de número 1, destacou a dignidade: *“Todos os reclusos devem ser tratados com o respeito inerente ao valor e dignidade do ser humano”*.

Desse modo, não poderia a Constituição Brasileira fugir dos tratados internacionais, sobretudo no que diz respeito à pena, através da incorporação ao ordenamento jurídico de princípios e garantias fundamentais inerentes aos acusados.

A CF/88 adotou a vertente da humanização das penas, não apenas ao eleger adignidade da pessoa humana como garantia fundamental à dignidade humana, mas também para imergir a visão do ser humano em sua plenitude, como a proibição de penas cruéis, de banimento, de pena perpétua, de pena capital, trabalhos forçados, (art. 5º, XLVII) nos quais alguns destes serão abordados nos tópicos abaixo.

2.4 Do princípio da segurança jurídica à luz das funções da pena

A segurança jurídica encontra-se relacionada com a garantia de estabilidade jurídica e a ideia de previsibilidade/certeza das relações sociais e do cidadão para com o Estado. No tocante à previsibilidade, a segurança jurídica encontra no Direito Penal sua expressão através do princípio da legalidade, segundo o qual *“nullum crimem, nulla poena, sine lege”*, tendo na coerção um meio para manutenção daquela.

Nesse aspecto, revela-se indissociável a questão afeta à segurança jurídica e o princípio da legalidade, atento à função do Direito Penal indicar e proteger os bens jurídicos fundamentais de uma comunidade. A previsibilidade reforça a determinação de que ninguém sofrerá por parte do Estado sanção sem que exista lei que a preveja, o que assegura a ideia de estabilidade das relações.

A questão da previsibilidade no direito penal reflete no esforço do legislador para construir um Estado Democrático de Direito, tendo o Estado somente o dever de punir quando estiver lei expressa que determine, além de garantir o restabelecimento da paz social quando lhe for requisitado.

Em outro giro, a segurança jurídica traz aos jurisdicionados garantias fundamentais que não podem ser violadas sob pena de inconstitucionalidade. Desse modo, o positivismo passa a ser protagonista para alcançar o status de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito (SARLET, 2005).

Roxin (1981, p. 192) conclui a análise do princípio da legalidade nos informando:

Si nos preguntamos por qual razón se exige un Derecho Penal el principio de vinculacion a la ley con mayor rigor que en otras ramas del ordenamento jurídico llegaremos de nuevo a las consideraciones con las que iniciamos este capítulo: habida cuenta de que el Derecho Penal comporta las intervenciones más graves en la libertad de los ciudadanos que conoce nuestro ordenamento jurídico, la seguridad y la paz jurídicas requieren que los particulares sean protegidos lo más ampliamente posible frente a decisiones imprevisibles. A su vez, el principio constitucional de la división de poderes reclama que sólo el legislador, como representante directo de la vontade popular, decida acerca de la punibilidad de una conducta.

Apesar da variedade conceitual, inclusive no direito comparado, a segurança jurídica traz em seu âmago a ideia de estabilidade das relações o que, aparentemente, conflitua com a dinâmica da evolução do Direito, como grande desafio em conciliar a “segurança jurídica, uma das expressões máximas do Estado de Direito” e “a possibilidade e necessidade de mudança” (MENDES, 2012).

A partir do que foi abordado, reconhece-se no conceito formulado por Ávila (2012) a contemplação dos itens relacionados anteriormente, tomando-se, por conseguinte como satisfatório para a compreensão da segurança jurídica:

Pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro (ÁVILA, p. 682, 2012).

Compreende-se que a segurança jurídica não pode ser concebida apenas por um de seus elementos ou um de seus instrumentos realizadores (coisa julgada, ato jurídico perfeito e direito adquirido), mas, sim como um conceito complexo e multifacetado.

Nesse ponto, reconhece-se a manifestação da segurança jurídica no Direito Penal, tanto para reforçar a ideia de coerção quanto na sua aplicação com base no princípio da legalidade. A relação entre a segurança jurídica e o Direito Penal resta explicitada intrínseca e extrinsecamente, indicando os valores fundamentais de uma sociedade (MIGLIAVACCA; SOVERAL, 2015).

Desse modo, o princípio da segurança jurídica aliado ao da legalidade renova-se e torna-se cada vez mais importante frente as alterações legislativas e jurisprudenciais propostas e publicadas, fazendo com que se torne o mecanismo que blinda as normas infraconstitucionais de irregularidades e que se afastem dos preceitos fundamentais que ditam sobre Direito Penal.

No que se refere à pena, os posicionamentos dos legisladores podem variar bastante, vez que o caráter punitivo da norma penal esbarra na intenção que cada um deseja sobre a norma: ora vê-se um caráter mais retributivo, ora vê encontra-se um caráter mais ressocializador. Essas oscilações buscam seus limites na constituição através dos princípios constitucionais que, cada um, a seu papel, oferecem as formas corretas de interpretar o que o legislador originário definiu. Através disso, pode-se chegar a boa e correta aplicação do direito penal. No entanto, atualmente, vemos as normas infraconstitucionais se afastarem cada vez mais do que a Constituição define sobre os objetivos da pena e suas verdadeiras funções.

Em movimento contrário do mundo, o Brasil não tem conseguido uniformizar os mecanismos para fixação da pena, permanecem trazendo à dosimetria da pena características subjetivas do acusado, e, como consequência são prolatadas sentenças penais das mais variadas possíveis, refletindo negativamente no princípio da segurança jurídica das decisões, quando na verdade, o movimento deveria ser o inverso: buscar reforço em requisitos objetivos para aplicação da pena consagrando o princípio da legalidade aliada à segurança jurídica. Dessa forma promovendo um adensamento ao Estado Democrático de Direito, respeito às normas e confiabilidade nos poderes.

O princípio da taxatividade reforça o Direito Penal, pois a lei penal, na condição de mais severa e por atingir o bem mais precioso do ser humano, sua liberdade, deve ser clara quanto à resposta estatal frente a impunidade, sob pena de inconstitucionalidade.

Desse modo, o princípio da taxatividade é um excelente aliado nesse bloco de legalidade, juntamente com a segurança jurídica. Assim, não se pode admitir critérios indeterminados para aplicação da pena.

Assim, a segurança jurídica possui uma via de mão dupla: o indivíduo precisa saber antes de praticar o ato punível qual crime está praticando e se, ao praticá-lo qual punição receberá para tal.

A clareza nas funções punitivas garante tanto ao Estado quanto ao Indivíduo a previsibilidade das ações e suas devidas consequências sem poder fugir dessas linhas constitucionais de aplicação.

2.5 Do princípio da individualização da pena

Atendendo aos valores e posições democráticas que resguardam os direitos fundamentais, adotados pelo constituinte, o inciso XLVI, do artigo 5º, trata da chamada individualização da pena, o qual assim preconiza:

Art. 5º[...] Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
 XLVI - **a lei regulará a individualização da pena** [...] (BRASIL, 1988, grifo nosso).

A individualização da pena consiste em mensurar a pena ao caso concreto, tendo em vista que cada indivíduo possui um histórico pessoal, o qual deve receber a punição que lhe é devida. Tal princípio reflete o pensamento de que a pena deve ser proporcional à lesão ao bem jurídico tutelado e a medida de segurança à periculosidade do agente.

O processo de individualização da pena ocorre em três etapas complementares: o legislativo, o judicial e o executório ou administrativo. Este estudo se aprofundará na individualização da pena judicial.

Na individualização judiciária, após o julgador analisar a teoria analítica do crime, constatando que o crime é típico, ilícito e culpável, passará a individualizar a pena correspondente. Assim, o juiz elabora a sentença que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais.

Destarte, nota-se que ao julgador foram atribuídas etapas, dotadas de critérios subjetivos, a serem obrigatoriamente seguidos para a devida proporção entre a pena e o mal produzido, pois no fim do caput do artigo 59 o legislador estabelece que a pena será “necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime”. Logo, as circunstâncias judiciais (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos do crime, circunstâncias do crime, consequências e comportamento da vítima), não definidas pelo legislador, estão a cargo do julgador, que terá a função de identificá-las nos autos e mensurá-los concretamente.

Percebe-se que o referido artigo possui uma ampla gama de discricionariedade, o qual é motivo de grande polêmica.

As mudanças realizadas na aplicação da pena iniciaram em 1984, com a edição da lei de execuções penais, que concedeu um grau de autonomia ao magistrado nunca antes presentena legislação pátria (REALE, 1987).

A tendência por uma aproximação entre o julgador e o caso em análise, dando margema um processo mais demorado e trabalhado ao determinar a sanção, possibilitaria, como expressa Miguel Reale Júnior e outros, a definição de uma sanção que refletisse a singularidade do indivíduo punido, e não apenas o delito cometido:

Deve-se atentar ao fato de que, ao analisar e valorar as circunstâncias judiciais para fixação da pena-base, o juiz deve fazê-lo de forma individualizada, pois, se o fizer de forma genérica, poderá ter seu ato decisório maculado (REALE JUNIOR, p. 78, 1987).

Cada indivíduo é um ser singular, dotado de peculiaridades, respondendo de maneira diversa à pena que lhe é imposta. Deste modo, ao se fixar a reprimenda, as particularidades do sujeito devem ser levadas em conta, sob pena de se sancionar da mesma forma o indivíduo sensível aos efeitos da sanção e aquele cujas características impedem que ela lhe surta qualquer efeito.

Esta diferença, no entanto, não é capaz de, isoladamente, oferecer uma resposta adequada para a questão.

Referente à fixação da pena, a subjetividade não pode ser deixada de lado, sendo tão relevante quanto os dados objetivos. É fundamental, para a determinação da medida da pena, levar em consideração os fins que se pretende atingir com a aplicação da sanção, sejam eles de prevenção geral e especial, ou mesmo repressivos.

As condições pessoais do réu são determinantes para poder-se averiguar os efeitos concretos da pena para cada indivíduo em particular.

A consideração de elementos subjetivos no momento da fixação da pena consiste em uma garantia fundamental do indivíduo em face do Estado, decorrente do princípio constitucional da individualização da pena.

Não basta ao juiz simplesmente discorrer sobre as circunstâncias judiciais, atribuindo um valor específico de aumento a cada uma delas; deve, isto sim, analisar em que medida essas circunstâncias interferem na consecução das finalidades preventivas e repressivas da pena, explicitar essas preocupações e, a partir daí, atribuir, de acordo com sua discricionariedade, sem necessidade de fundamentação, um quantum (numérico) de pena que, nos termos da teoria mista adotada pelo Código Penal brasileiro, seja “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (BRASIL, 1940).

É preciso dizer que essa individualização, na prática, deve respeitar alguns critérios que a jurisprudência buscou para clarear a aplicação das circunstâncias subjetivas na imensidão de sentenças criminais que desafiam os magistrados a uma resposta estatal mais assertiva possível.

A resposta oferecida pela majoritária jurisprudência brasileira à questão do conteúdo da fundamentação da decisão sobre a individualização da pena, recomenda que o juiz examine todas as circunstâncias judiciais postas pelo art. 59, caput, do Código Penal, discorrendo sobre cada uma delas individualmente para, ao final, arbitrar o quantum da pena base, dentro dos limites postos pelo tipo penal. É dizer que, uma vez analisadas todas as circunstâncias judiciais, estaria cumprido o requisito de fundamentação da decisão.

Neste sentido é a posição do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS – ROUBO – EMPREGO DE ARMAS – CONCURSO DE AGENTES – PARTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS AO PACIENTE – PENA UM POUCO ACIMA DO MÍNIMO – DOSIMETRIA CORRETA – REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA EM OBEDIÊNCIA À ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – ORDEM DENEGADA. [...] 2- Se todas as circunstâncias judiciais foram analisadas, não há que se falar em ausência de fundamentação para imposição da reprimenda-base (BRASIL, 2016).

Vê-se, portanto, como a jurisprudência é pacífica em sugerir que, ao se examinar uma das circunstâncias judiciais, estaria atendida a exigência (constitucional) de fundamentação das decisões judiciais.

Nada obstante, é certo também que os tribunais superiores são unânimes ao exigir que cada circunstância judicial avaliada deva guardar relação com algum dado concreto do crime, seja ele relativo ao autor, seja ao fato. Não basta mencionar que uma ou outra circunstância é, abstratamente, desfavorável ao apenado; é necessário que se diga o que, a partir da análise dos elementos objetivos e subjetivos oferecidos pelo caso concreto, torna uma determinada circunstância favorável ou prejudicial ao condenado.

Nesse sentido, veja-se os seguintes arestos:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE RESPONSABILIDADE. PECULATO. FRAUDE A LICITAÇÃO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. REVISÃO CRIMINAL JULGADA PROCEDENTE. MODIFICAÇÃO DE REGIME. PERDA PARCIAL DO OBJETO DO WRIT. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. ANTECEDENTES. PACIENTE QUE RESPONDE A PROCESSO EM ANDAMENTO. NÃO CONFIGURAÇÃO. SÚMULA N. 444/STJ. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. REFERÊNCIAS GENÉRICAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E NESSA PARTE CONCEDIDA. [...]

VI. Apesar de terem sido desfavoravelmente sopesadas, aculpabilidade, as circunstâncias e as consequências do crime se encontram desvinculadas de fatores concretos que as conectem à hipótese dos autos, tendo sido indevidamente citadas de

modogenérico.

VII. Deve ser reformado o acórdão recorrido, bem como a sentença condenatória, no tocante à dosimetria da pena imposta ao paciente, a fim de que outra seja proferida, nos termos do entendimento acima explicitado, mantendo-se a condenação.[...]

Conforme acima explicitado, intervenção judicial através de construções jurisprudenciais buscou preencher as lacunas que as circunstâncias judiciais do art. 59 possuem, com o intuito de adensar o princípio constitucional da individualização da pena. Percebe-se o esforço do judiciário para constuir o liame objetivo entre o autor do fato e as circunstâncias do crime, com o intuito de aplicar uma pena condizente às políticas criminais, bem como possuir o caráter retributivo do efeito causado pela infração penal e punitivo, porém sem esquecer do efeito penal ao indivíduo.

Contudo, a ausência de critérios mínimos que permita ao julgador realizar de forma razoável e proporcional a individualização da pena, fomenta o descontrole deste momento crucial das circunstâncias na dosimetria da pena – a incidência do sistema punitivo na sociedade, produzindo as inúmeras lesões nos direitos individuais.

Conforme o levantamento de dados (CARVALHO, 2009) os juízes entrevistados demonstraram maior tendência “a serem mais ‘rigorosos’ na defesa de estratégias de política criminal baseadas na penalização/criminalização de condutas, quando concordam, no todo ou em parte, que a legislação penal é excessivamente branda, dificultando a contenção da criminalidade.

Assim, embora haja o esforço jurisprudencial para preencher essas lacunas, esse esforço tem levado a um recrudescimento da pena.

Vemos o atual quadro penal imerso em um sistema ilógico de aplicação e fixação de pena que se traduz em uma grande variedade de sentenças penais em casos idênticos ou semelhantes. A falta de critérios mínimamente claros sobre a aplicação da pena, com conceitos vagos e lacunosos tem criado justificativas para sentenças desproporcionais permitindo ao julgador uma arbitrariedade que não condiz com as finalidades político-criminais da pena adotadas pelo Brasil.

Assim, em razão do tema de grande relevância e impactos na vida do condenado, este trabalho, nos próximos capítulos, se aprofundará na influência da jurisprudência brasileira nos elementos de análise da fixação da pena do condenado e seus conflitos com o princípio constitucional da individualização da pena.

2.6 Do princípio da presunção da inocência

A presunção de inocência é direito adquirido por meio de mudanças sociológicas fundamentais, através do surgimento da necessidade de proteção da população frente aos processos penais que vinham sendo implementados ao longo da evolução humana, de modo a criar um procedimento para a sua apuração, visando tornar o processo penal cada vez mais justo.

Buscou-se criar um mecanismo que permitisse ao Estado julgar e condenar, mas que, ao mesmo tempo, fosse garantidor de direitos.

No sentido literal, presunção de inocência se refere a presumir que o cidadão seja considerado inocente diante de uma acusação, até que se prove sua culpa. Contudo, este princípio, embora positivado no ordenamento jurídico pátrio, não é absoluto: no decurso do tempo, modificações interpretativas relativizaram a presunção de inocência no processo penal. Muito embora a ratificação de tratados internacionais, tem-se que desde o século XX, no Brasil a presunção de inocência é relativizada, sendo considerada, na prática, como mera presunção de não-culpabilidade. Isso porque a Constituição de 1988 não “presume” a inocência, mas tão somente declara que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado, considerando o réu inocente, portanto, até a prolação de uma decisão judicial condenatória irrecurável (MIRABETE, 1985).

Veja-se que apesar das redações similares, a doutrina caracteriza o princípio da presunção de inocência com outros dois nomes: princípio do estado de inocência ou princípio da não-culpabilidade. No ponto, o referido princípio decorre de um desdobramento do devido processo legal e incumbe aos três poderes a sua correta aplicação, desde a positivação da norma, até o entendimento aplicado pelo Poder Judiciário (AVENA, 2017).

Contudo, devido à previsão do princípio da presunção de inocência no âmbito internacional através de Tratados e Convenções, a Constituição Federal fez alusão a este princípio deixando de utilizar a palavra “inocente” em seu texto, de modo que faz menção tão somente à não-culpabilidade (LIMA, 2016).

Por outro lado, o texto constitucional estende a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de modo que somente essa circunstância pode afastar o estado de inocência

A presunção de inocência pode, ainda, estender-se a duas dimensões. A dimensão interna trata do comportamento do Juiz, especialmente no que tange às prisões cautelares, pois não deveria ser possível a segregação daquela cuja pena ainda não foi aplicada definitivamente

– ou ainda não transitou em julgado. Já a dimensão externa, versa sobre a vedação à publicidade do réu, de modo a garantir a imagem, a dignidade e a privacidade, que lhes são asseguradas constitucionalmente (LOPES JÚNIOR, 2014).

Por outro lado, a presunção de inocência também possui sentido de norma decomponível em três expressões garantidoras de sua eficácia, que se dividem em: dever de tratamento, norma probatória e norma de juízo (também regra de julgamento). Nesse sentido, faz-se alusão à interpretação dos iluministas, que conferiram à presunção de inocência um “sentido filosófico de um estado ideal e hipotético a ser conferido ao cidadão” (MORAES, 2010, p. 87-88 *apud* MUNIZ, 2020, p. 2).

Logo, a idealização de um modo de agir e tratar o acusado culminou no que se tornou, posteriormente, a presunção de inocência. É através deste pensamento, acerca do dever de tratamento, que a Constituição Federal de 1988 determina, no artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, denotando uma proibição de tratar o acusado de forma igual ou semelhante à de culpado (LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2016).

Nesse ponto, o princípio da presunção da inocência deve ser analisado sob outro giro, procurando escopo nas teorias finalistas da pena e visando respeitar as políticas criminais, mormente a ressocialização.

Neste trabalho, visando a análise dos princípios constitucionais em que vislumbram as proteções ao indivíduo, e, neste caso, o condenado, tem-se que o princípio da presunção da inocência, ou como a CF/88 adotou o da não-culpabilidade, deve-se indagar: que se ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de uma sentença penal pode o condenado após o cumprimento de pena e o período depurador retornar ao status da não culpabilidade?

Para Almeida (2009, p. 340), deve-se utilizar a analogia *in bonam partem*, com o escopo de delimitar a amplitude temporal dos antecedentes criminais, de maneira que, além de se oportunizar que a pessoa readquira a condição de primária, permita-se que ela torne ao status de sem antecedentes, vez que o indivíduo já quitou sua pendência com a sociedade. Para ele, desse modo:

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

Olhando a questão pelo vértice do princípio da igualdade, é prudente e razoável que após o cumprimento da pena e após passar por um período sem praticar novos delitos, possa o acusado voltar ao status quo de primariedade, como já se tem legalmente assegurado, após o período da reincidência. Há um restabelecimento de relação de igualdade com àquele indivíduo que nunca praticou fatos delituosos; é a maneira de retirar a condição estatal de apenado para simplesmente um indivíduo digno de uma vida em igualdade sob todos os aspectos nas relações sociais. Tal condição de apenado não deve ser resgatada a qualquer tempo.

A limitação temporal do uso de estigmas negativos, como os maus antecedentes, e o retorno à condição de presunção de não-culpabilidade é a garantia da dignidade humana.

Assim, o princípio da presunção da inocência deve ser analisado sob este aspecto, na fase de execução e pós-finalização da pena, não somente analisada na fase de formação da culpa e, portanto, na fase processual, mas deve-se pensar em mecanismos legais que possam restaurar a não-culpabilidade do homem.

Cumprir pena é retribuir ao Estado pela falha cometida, o que não se pode admitir é que essa falha permaneça indeterminadamente sendo atribuída ao indivíduo, aproximando-se verticalmente de um direito penal do autor em detrimento do fato.

A inocência decorre também da própria ideia de liberdade, portanto, se não houver a possibilidade de readquiri-la, então o homem viverá eternamente aprisionado com o estigma da pena.

Para a dignidade do homem condenado é imprescindível saber quando começa e quando termina a pena, e não pode o Estado tentar burlar essa limitação através de legislações infraconstitucionais que asseveram o punitivismo e levam a um caminho de penas perpétuas, sem qualquer preocupação com a ressocialização do homem apenado, como veremos a seguir.

2.7 Princípio da vedação das penas de caráter perpétuo

Essa outra face do princípio da humanidade das penas, diz respeito à proibição de penas perpétuas, prevista no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”, da Constituição Federal, tendocomo influência o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A pena perpétua retira da sanção a racionalidade e proporcionalidade que ela deve ter, e elimina do indivíduo uma expectativa concreta de liberação, pois o segrega permanentemente. Ela é destituída do objetivo de reintegração social da pessoa, além de resultar em efeitos psicológicos e sociais negativos, retirando, também do detento, a esperança de liberdade. Ainda, não tendo qualquer objetivo ressocializador, a adoção dessa pena indica uma concepção

retribucionista.

A pena perpétua também diverge do princípio da humanidade, pois retira da pena seu caráter proporcional, temporário e definido, não se compatibilizando com os preceitos de liberdade e respeito à dignidade humana. Penas longas geram no detento desestímulo e revolta, fazendo com que ele perca a vontade de recomeçar a vida em liberdade.

Embora a pena privativa de liberdade ainda seja o tipo de pena mais aplicável no mundo, sobretudo no Brasil, com um alto índice de encarcerados, observa-se um movimento jurisprudencial brasileiro que visa estender a pena para além de seu cumprimento.

Além de iniciar o seu processo de readaptação social bem como intentar a aceitação pela sociedade ao retornar do cárcere, o ex-condenado ainda sofre com seu passado, que subsiste através dos efeitos legais de sua condenação. Revela-se uma incongruência pois o objetivo da pena é eliminar o passado do condenado e o Estado deve limitar a função punitiva que lhe foi dada em detrimento das garantias constitucionais do indivíduo.

Desse modo, a vedação da perpetuidade das penas deve ser avaliada em várias perspectivas com o fim de eliminar os seus resquícios em sua integralidade. Entende-se que neste ponto, é muito mais importante ao indivíduo, na prática, ver o estigma de ex-condenado se afastar cada vez mais, impulsionando pelas próprias ações estatais, do que apenas perceber o fim da sua pena dentro do cárcere. Ele deve entender que de fato é um recomeço para que seja estimulado a não retornar aos atos que o levaram a condenação.

Um exemplo das práticas estatais que têm impulsionando a perpetuidade das penas é o uso dos maus antecedentes para fins de agravamento da pena, conforme já ventilado acima.

3 O INSTITUTO DOS MAUS ANTECEDENTES

A dosimetria de pena vem sendo utilizada há muitos anos como uma ferramenta para determinar o tipo e a extensão de punição aplicável em casos de delitos cometidos por réus. Neste contexto, a consideração de maus antecedentes tornou-se cada vez mais importante na determinação da escala de punições aplicadas. Embora várias abordagens tenham sido utilizadas para determinar como os maus antecedentes devem ser avaliados, as recentes mudanças na abordagem do sistema penal lideraram a significativas modificações na dosimetria de penas relativas ao uso dos maus antecedentes.

Antigamente, uma vez que um réu tivesse sido condenado por um delito, seria duramente punido para o próximo ato infrator. A sabedoria social do tempo era fazer o infrator pagar por todos os seus atos criminosos incorrendo em punições graves e severas. Consequentemente, a consideração dos maus antecedentes foi amplamente utilizada para determinar o nível de punição, pois existia o raciocínio de que uma punição severa validaria como as autoridades lidaram com a conduta disfuncional e dissuadiria qualquer comportamento futuro que a lei proibiria.

No entanto, devido a avanços modernos e uma compreensão aprimorada dos resultados do uso de maus antecedentes na aplicação da dosimetria de penas, passou a ser mais evidente que certos indivíduos tinham recebido punições excessivamente rigorosas por seus atos infratores anteriores.

Embora tenha havido grandes avanços no aspecto da utilização dos maus antecedentes, ainda se verifica punições severas para os crime atuais, a jurisprudência brasileira não tem avançado para uma abordagem mais humana, na qual tem levado os aspectos pessoais do agente para influenciar nas decisões na falsa ilusão de contribuir para a redução da criminalidade.

O STF estabeleceu a tese de repercussão geral 150 onde garantiu que o magistrado pode utilizar de modo perpétuo os maus antecedentes para fins de agravamento da pena em condenações futuras (RE 538.818). [Desse modo, se dará atenção especial à circunstância judicial dos maus antecedentes, trazendo seu conceito doutrinário e jurisprudencial, bem como sua aplicação dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Em outro giro, tratar-se-á a discussão sobre a utilização do Direito Penal do Autor em detrimento do Direito Penal do Fato na jurisprudência brasileira e na legislação infraconstitucional e em que grau há similitude e contrariedade com os princípios constitucionais.

Ao final, será feita uma abordagem dos Tratados Internacionais adeptos à práticas ressocializadoras e como tem se dado a sua inserção dentro da legislação doméstica através da atividade judicial e legislativa.

3.1 Do surgimento dos maus antecedentes e sua introdução no direito penal brasileiro

Através da construção do pensamento e do conhecimento moderno, instaurou-se uma concepção de busca pela verdade de todas as coisas, excluindo-se quaisquer outras formas de saber não racional e espalhando-se por todos os campos de conhecimento, fundando a matriz de conhecimento mais relevante da tradição ocidental moderna (ACHUTTI, 2009).

O direito, por sua vez, operando dentro da mesma concepção cientificista, consagrou o direito penal e processual penal, através de seus métodos, como locais privilegiados de revelação da verdade de um fato-crime pretérito. Com o processo de codificação e a consequente simplificação de fenômenos sociais, nada mais poderia escapar ao projeto coerente e completo da ciência jurídica: uma absoluta previsão dos fatos sociais, autocomplementação da legislação, capacidade para solucionar conflitos e litígios sociais a partir de si mesmo e das soluções propostas na legislação.

É necessário fazer a ressalva de que o processo penal produzido para o fim que possui hoje, não foi fruto de uma “evolução racional”, como referiu-se Foucault (1989), pelo contrário, transformou-se ao longo da história, adequando-se às necessidades políticas e sociais de cada época.

Nesse viés, a inserção dos maus antecedentes partiu dessa lógica.

No plano internacional, os maus antecedentes partiu da ideia de que a integração da personalidade do agente ao processo penal deveria estar aliado ao critério objetivo da lei, passando a ser a sentença um ato qualificado, levando-se em consideração também as características pessoais do agente. Essa evolução da análise da pena que consagrou a obrigatoriedade do juiz em levar em consideração os aspectos pessoais do agente, apareceu pela primeira vez no Código Penal Francês de 1958, através da decisão que admitia a suspensão condicional da pena, através da análise pessoal do agente, opinando pelo grau de periculosidade ou de possibilidade de reinserção social.

Tais ideias foram pulverizadas por toda a Europa e influenciou de forma decisiva as leis penais europeias. Assim, o giro subjetivista que marca as novas legislações penais influenciadas pelo positivismo criminológico trouxe como protagonismo a adoção da análise da personalidade do agente.

Pode-se citar como exemplo de incorporações legislativas na Espanha, as considerações criminológicas referente à delinquência do agente, como circunstância agravante da reincidência, alguns critérios legais de determinação da pena, suas regras especiais para cumprimento de pena privativa de liberdade e no que se refere ao código penal alemão, os princípios de determinação da pena (STOCO, 2013).

Importante destacar que, a criação e institucionalização das organizações internacionais foram fundamentais para a difusão das ideias positivistas que buscavam desenvolver normas universais sobre o combate à criminalidade, além de subsidiar o alcance da criminologia como ciência.

O estudo da criminologia como ciência passou por várias fases, destacando-se aqui a escola positiva que influenciou a Europa e a América Latina, especialmente o Brasil, tendo como principais autores Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garófalo.

Importante lembrar que, a criminologia brasileira foi liderada por setores das elites, onde havia um distanciamento significativo de parte da população dos agentes de poder. Assim, estes inspirados na Criminologia de inspiração lombrosiana, fomentavam concepções restritivas ao exercício dos direitos dos cidadãos. Essas concepções, genericamente conhecidas como “positivistas”, seriam instrumentalizadas no Brasil por essas elites interessadas em implantar e justificar mecanismos de repressão e do controle ao crime e de cerceamento dos indivíduos à participação política.

Tais elites brasileiras, marcadas por juristas, médicos e políticos com acentuado alinhamento com ideais europeus, asseguraram a manutenção da ordem com uma singular combinação entre repressão direta e controle social, ambos dirigidos contra os inimigos da ordem política e os desviantes da ordem social através da codificação criminal e institucionalização dos mecanismos repressivos

No Brasil, o Código Penal do Império e o Código Penal da República, de 1831 e 1890, respectivamente, não possuíam previsão sobre antecedentes criminais do agente, nascendo o instituto somente em 14 de dezembro de 1932, sob influência positivista, aprovada pelo Decreto n. 22.213, que continha a possibilidade da concessão do benefício da suspensão condicional da pena ao acusado *“que não tenha revelado caráter perverso ou corrompido, tendo-se em consideração as suas condições individuais, os motivos que terminaram e as circunstâncias que cercaram a infração da lei penal”*

Quanto ao Código Penal de 1940, relevante destacar que a comissão responsável por sua elaboração foi formada por seis juristas, dentre os quais se destacam Nelson Hungria e Roberto Lyra, sob premissas da escola positiva, se alinhando a uma compreensão mais

autoritária e utilitária do direito penal. Disso resultou na lapidação de um Código, mais voltado ao direito penal do autor que ao direito penal do fato, com uma maior tendência a considerar aspectos na pessoa do delinquente na individualização da pena.

Os antecedentes, no Código Penal de 1.940, pela redação originária, vinha previsto no artigo 42, assim redigido:

Art. 42-Compete ao juiz atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau de culpa, os motivos, às circunstâncias e consequências do crime. I - Determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente; II - Fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável (BRASIL, 1940).

Lyra (1955), ao comentar o Código Penal, entendeu que o artigo 42 havia acolhido a essência dos índices de periculosidade de Ferri “na própria ordem de importância: personalidade (‘motivos, antecedentes e personalidade do agente’) motivos e fato criminoso (‘circunstâncias e consequências do crime’)”.

Nessa ordem de ideias, e em convergência com as lições de Ferri (1996), continua o autor, ao mencionar que “a fórmula brasileira, apesar de mais concisa, é mais extensa, pois, referindo-se aos antecedentes e à personalidade e inclui todos os elementos necessários a prover a identificação de um homem desde as influências hereditárias remotas.

Destacou ainda o jurista a afirmativa de que:

As referências à personalidade, aos antecedentes e aos motivos satisfazem, mais frisante e amplamente, o objetivo de orientar o juiz. Nos antecedentes, destacados da personalidade, para não deixar dúvidas de que a conduta é a marca inconfundível e de indispensável penetração, compreende-se todos os aspectos da vida do individual, familiar e social, inclusive depois do fato. A verificação de periculosidade na fase de aplicação da pena, não se liga ao problema da responsabilidade, previamente resolvida. É feito para fins de sanção (LYRA, 1955, p.121).

Para fins de aferição da periculosidade, o artigo 77 do Código Penal, hoje revogado, também trazia a definição de periculosidade, “*que deveria ser reconhecida pela sua personalidade e antecedentes, bem como os motivos e circunstâncias do crime que autorizam a suposição de que viria a delinquir*”.

A propósito, para Ferri o crime não deveria ser analisado como fato jurídico, mas como fenômeno social de causas naturais. Assim, a pena deveria frisar a pessoa do delinquente e não o ilícito cometido. Assim, nas palavras de Lyra (1955) com referência à Ferri: “O único fundamento da imputabilidade individual (responsabilidade legal) é ter cometido um crime. E isto, para a justiça penal; enquanto que para a polícia de segurança, o fundamento jurídico das providências preventivas é justamente a periculosidade social (com respectiva anormalidade

fisio-psíquica, que torna os indivíduos inadaptados à vida livre) mesmo antes e independente da execução do crime”.

O autor tratava o crime como oriundo de causa anormal por condições congênitas ou adquiridas, transitórias ou permanentes, morfológicas ou ainda por anormalidades biopsíquicas ou doenças. Assim, a pena também deveria ter o objetivo de prevenir reincidências e valorar a periculosidade com vistas não somente à condenação antecipada por fatores anormais do delinquente quanto a um modelo punitivo pretérito ao fato.

Por esse motivo, Lyra (1955) afirma que o art. 42 da redação originária “é o mais importante do Código, não só pela decisiva influência de sua aplicação na defesa social e na tutela individual, como pela conquista em que importa para a evolução de nosso direito penal”. Entendeu o jurista que esse dispositivo central indicaria os limites do poder discricionário do juiz, esclarecendo a aplicação da pena em seus critérios qualitativos e quantitativos, permitindo ao juiz valorar na pena-base qualquer pormenor que considerasse relevante, não devendo ou podendo a lei cindir ou discriminar as realidades diante das complexidades e da flutuação dos fatos sociais e dos fatos psicológicos.

Assim, o autor demonstrava otimismo em relação ao aumento do poder judicial na dosimetria da sanção, acreditando ter-se finalmente construído um sistema capaz de tornar a pena justa e proporcional com vistas ao caso concreto, considerando-se não só as prerrogativas do fato, mas também as de seu autor.

Nesse passo, a propósito, a partir de uma leitura inicial a respeito do princípio da individualização da pena à luz do Código Penal de 1940, sem a influência da Constituição de 1988, em que ao júízo era designada a tarefa de elevar a pena caso averiguasse no réu sintoma de periculosidade, é possível aferir que o legislador trouxe elasticidade suficiente com vistas a deixar ao alvedrio do magistrado a aplicação da pena pertinente, como fica nitidamente demonstrado pela Exposição de Motivos de autoria do Ministro Francisco de Campos:

Para a individualização da pena, não se faz mister uma prévia catalogação, mais ou menos teórica, de espécies de criminosos, desde que ao juiz se confira um amplo arbítrio na aplicação concreta das sanções legais. Neste particular, o projeto assume um sentido marcadamente individualizador. O juiz, ao fixar a pena, não deve ter em conta somente o fato criminoso, nas circunstâncias objetivas e consequências, mas também o delinquente, a sua personalidade, seus antecedentes, a intensidade do dolo ou grau de culpa e os motivos determinantes (artigo 42). O réu terá de ser apreciado através de todos os fatores, endógenos e exógenos, de sua individualidade moral e de maior ou menor intensidade da sua *mens rea* ou da sua maior ou menor desatenção à disciplina social. Ao juiz incumbirá investigar, tanto quanto possível, os elementos que possam contribuir para o exato conhecimento do caráter ou índole do réu – o que importa dizer que serão pesquisados o seu curriculum vitae, as suas condições da vida individual, familiar e social, a sua conduta contemporânea ou subsequente ao crime, a sua maior ou menor periculosidade (probabilidade de vir ou tornar o agente a praticar fato previsto como crime) (BRASIL, 1940).

Nesse sentido, Lyra (1955) afirma que diferentemente do código de 1890 em que a aplicação da pena era apenas cálculo aritmético com amplo espaço ao legislador com definições fixas e objetivas de cálculo de pena, o magistrado poderia, agora, adaptar, “em cada caso, a sanção do criminoso, em função de sua maior ou menor periculosidade, calibrando as armas legais para atingir o centro do alvo”.

Assevera o autor, como sendo uma das principais vantagens do novo sistema o fato de o magistrado encontrar-se sempre atualizado com dados inerentes à sociedade, não sendo necessário que se mude a legislação para que se promova a adaptação da pena a casos que trazem novas características, de acordo com as transformações em curso e políticas ocorridas na sociedade em cada período.

De qualquer modo, ainda com a edição da lei n. 7.209, de 11.7.1984, o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 59, manteve os critérios subjetivos ao delinquente, elencando em seu texto outras circunstâncias judiciais subjetivas com o objetivo de orientar na fixação da pena-base.

Embalada pela redemocratização na década de 80, evidenciando a garantia das liberdades individuais, mas, por outro lado, um combate mais repressivo à criminalidade, exigindo mais novas formas de controle e concepções de bens jurídicos tutelados, a reforma do código penal em 1984 institucionalizou a transição do governo autoritário para um mais democrático, e, portanto, mais atento aos anseios às questões sociais, políticas, culturais e econômicas que emergiam à época, em especial, a segurança pública e os direitos do preso.

A pena, contudo, assume um caráter voltado ao correccionalismo e reintegração do apenado, segundo a nova lei de execuções, em que pese a perpetuação da função retributiva na concentração penal.

Com as mudanças realizadas em 84 na aplicação da pena, concedeu-se um grau de autonomia ao magistrado nunca antes presente na legislação pátria (REALE, 1987).

A finalidade da pena, que nesse momento começa a adquirir grande importância, uma vez que o juiz possui o espaço para tentar adimpli-la através da dosimetria, volta-se à pessoa do acusado, sendo possível vislumbrar-se uma tendência ao processo inicial de ressocialização e terapia de influência positivista, embora se conservem as características do retributivismo.

Ao determinar a necessidade da individualização da pena, assegurou-se ao magistrado grande espaço de autonomia e uma gama de verdadeiras opções legislativas para que este procedesse à sustentação da sanção. Frise-se, ainda que, novos critérios foram definidos como simultaneamente mais abrangentes e mais precisos:

[...] o Projeto busca assegurar a individualização da pena sob critérios mais abrangentes e precisos. Transcende-se, assim, o sentido individualizador do Código vigente, restrito à fixação da quantidade da pena, dentro de limites permitidos, para oferecer iudices arbitrium variada gama de opções, que em determinadas circunstâncias podem envolver o tipo de sanção a ser aplicada. [...] O projeto opta claramente pelo escolhido das três fases, predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1940).

A tendência por uma aproximação entre o julgador e o caso em análise, dando margem a um processo mais demorado e trabalhado ao determinar a sanção, possibilitaria, como expressa Miguel Reale Júnior e outros, a definição de uma sanção que refletisse a singularidade do indivíduo punido, e não apenas o delito cometido.

Ainda, importante notar que, com o artigo 59, são expressos pela primeira vez os critérios de necessidade e suficiência como norteadores da aplicação da pena sendo seguidos pelo magistrado. A pena, portanto, deve ser necessária e suficiente à concretização de suas finalidades de prevenção geral e especial, devendo esta medida ser realizada pelo magistrado, à luz da análise das diversas circunstâncias constantes na lei.

Observa-se, que ainda na atualidade a circunstância judicial referente aos antecedentes criminais é elencada pela legislação vigente como elemento com idoneidade para aferir a periculosidade do agente, bem como afetar negativamente a fixação de sua pena, sendo certo que as jurisprudências dos tribunais internos não se prolongam em discussões a respeito de sua conformação constitucional, aplicando-a no dia a dia forense sem maiores discussões.

Com influência medieval direta no processo penal, no que se refere a lógica inquisitorial, a processualística penal brasileira fundamentou-se com o objetivo de maior eficiência e energia de ação repressiva do Estado contra os delinquentes.

A estrutura do processo penal moderno apresentou-se com sintomas retrógrados, uma vez que foram mantidos elementos coercitivos e tendenciosamente mais severos aos delinquentes, aumentando a malha repressora do direito penal e expandindo a instrumentalidade repressiva no processo penal.

Achutti (2009) afirma que é aplicado um Processo Penal de Emergência no Direito Penal Brasileiro, em que foram aumentados os poderes instrutórios do juiz com o objetivo de auxiliar na “busca pela verdade processual”, fugindo dos preceitos da política criminal que foram adotados no país, pois tal estratégia não combate a criminalidade e o delincente, pelo contrário, desvirtua dos objetivos do processo penal, quais sejam: que ninguém seja penalizado sumariamente e que sejam resguardados seus direitos, sobretudo o do ampla defesa e contraditório.

Nesse sentido, o que se percebe é uma enérgica tentativa de ampliação dos tipos penais, mormente uma diminuição protetiva dos acusados. Isto pôde ser verificado a partir da ampla estruturação persecutória do Estado, com a diminuição de direitos e das garantias individuais daqueles em prol de uma eficiência punitiva, embora o processo penal tenha se apresentado com ideal progressista, instrumentalizador das liberdades individuais em detrimento do poder punitivo estatal materializados no art. 42 do Código Penal de 1940 e mantido com a reforma em 1984.

Com o objetivo de buscar essa tal “verdade real” de um fato pretérito dentro do processo penal, fica evidenciado o conservadorismo característico da dogmática atinente ao tema, pois não há rupturas e modificações sobre aquilo que foi considerado prejudicial ao indivíduo anteriormente, pelo contrário, há uma manutenção de práticas processuais penais coercitivas nada condizentes com as finalidades do processo penal moderno.

Apesar da evolução da ciência jurídica referente aos fins da dogmática penal, percebe-se que apenas foram mantidos os discursos repressores em outras roupagens totalmente inconciliáveis com as novas políticas criminais estudadas, mas inoperantes no mundo real.

A lógica do direito e do processo penal modernos são absolutamente contrários a essa noção: enquanto o crime é uma violação da lei, em que ocorre um enfrentamento à ordem jurídica, o processo penal é a forma necessária que deve ser observada para que alguém possa a vir ser penalizado. Dessa maneira, não há alteridade no direito penal e não há outra forma de resolver os conflitos criminais senão por aquela via preestabelecida pela legislação.

A redação em discussão, portanto, demonstra que o legislador pátrio ainda insiste em dar ênfase ao histórico do agente criminoso para o fim de atingir um patamar de pena que o julgador entenda adequado, concedendo a esta margem significativa para a imposição da reprimenda.

Em outras palavras, o dispositivo deixa em evidência que ao julgador é dado valorar os antecedentes criminais do agente, caindo, contudo, na deficiência de não estruturar elementos objetivos que permitam ao magistrado analisar a circunstância judicial sem subjetivismos ou sem se afastar da garantia do contraditório e ampla defesa.

3.2 Dos critérios doutrinários e jurisprudenciais para configuração dos maus antecedentes

Os Maus antecedentes podem ser conceituados como qualquer conduta passada, que foi avaliada pelo tribunal como desfavorável e que possa comprometer a reputação ou a confiança

que a pessoa tem perante o sistema legal.

Em um viés jurídico, os maus antecedentes são quaisquer incidentes ou condutas passadas em que o sujeito fortemente tornou-se o motivo de uma infração às leis ou às expectativas sociais".

Sob o ponto de vista social, os maus antecedentes são acontecimentos passados que constituem motivo de uma advertência formal e/ou oficial diante das autoridades competentes, não necessariamente oriundos de crime, mas que são maus indicativos de caráter.

A discussão do que se pode configurar como maus antecedentes é bastante acirrada pelos doutrinadores, pois tudo que pode ser considerado como maus antecedentes pode elevar a pena-base do acusado, o que leva a penas injustas e até mesmo incompatíveis com os princípios constitucionais e suscetíveis de reformas de decisão pelos tribunais.

Para alguns doutrinadores o uso dos maus antecedentes reflete a utilização da teoria do direito penal do autor uma vez que a trajetória pretérita do indivíduo influencia no agravamento de sua pena além da análise do fato.

Pacelli e Callegari (2015, p. 491), a respeito, ponderam:

Naturalmente que qualquer juízo que se queira fazer sobre o agente, para além de sua culpabilidade pelo fato, incorrerá em tais riscos. Por isso, o critério que nos parece decisivo para a aceitação ou não dos fatos passados, como critério de fixação da pena, é, ao lado da previsão legal (princípio da legalidade), a observância do devido processo legal e que se possa, de fato, afirmar-se, com convicção, a responsabilidade pelo fato a ser considerado.

Piccolotto (2014, s.p) explica que:

Os antecedentes e a conduta social são os fatos ocorridos na vida de alguém anteriores ao crime praticado, não se confundindo com as consequências e circunstâncias do crime, isto é, com os efeitos e os elementos acidentais da conduta delituosa.

Há autores, ainda, que consideram a valoração dos antecedentes como incompatível com os princípios que regem o direito penal democrático e humanitário, por configurar uma agravação a mais para a condenação anterior, e que a identificam como instrumento de discriminação social, de verdadeira diversificação dos criminosos dos demais seres humanos (ALMEIDA, 2009).

Para a corrente crítica, no entanto, a única compreensão compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência é a de que apenas configuram maus antecedentes condenações criminais definitivas que não configuram reincidência (SANTOS, 2008).

A respeito da utilização de inquéritos e ação penal em curso como maus antecedentes, observa-se que, atualmente, doutrina e jurisprudência majoritárias a rechaçam por implicar, efetivamente, violação à presunção de inocência (Súmula 444 STJ). Ora, se a Carta Magna estatui, em seu art. 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, considerá-los para tal fim significa impor uma condenação reflexa, permitindo-se de forma indireta o que a lei proíbe diretamente (QUEIROZ, 2009, p.344-345).

Não é de outra forma que pensam Delmanto *et al.* (2007, p. 187) e Santos (2008, p. 571), dentre outros. A propósito, parece ter sido essa orientação do parágrafo único do art. 20 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 12.681/2012, segundo a qual: Nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quais anotações referentes a instauração de inquérito contra os requerentes.

O Supremo Tribunal Federal, após alguma oscilação, tem entendido de igual modo. No julgamento, pelo plenário, do Recurso Extraordinário n. 591.054/SC, em 17.12.2014, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, conforme noticiado no Informativo n. 772, decidiu-se que:

O Colegiado explicou que a jurisprudência da Corte sobre o tema estaria em evolução, e a tendência atual seria no sentido de que a cláusula constitucional da não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII) não poderia ser afastada. Haveria semelhante movimento por parte da doutrina, a concluir que, sob o império da nova ordem constitucional, somente poderiam ser valoradas como maus antecedentes as decisões condenatórias irrecorríveis. Assim, não poderiam ser considerados para esse fim quaisquer outras investigações ou processos criminais em andamento, mesmo em fase recursal. Esse ponto de vista estaria em consonância com a moderna jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Ademais, haveria recomendação por parte do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, no sentido de que o Poder Público deveria abster-se de prejudicar o acusado.

No Superior Tribunal de Justiça, essa posição restou consolidada na Súmula n. 444, ao estabelecer que “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.”.

Mas se essa questão, nos dias atuais, caminha de forma mais tranquila, o mesmo não se pode dizer a respeito da necessidade de observância, ou não, do prazo depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal para a utilização de condenações anteriores para fins de maus antecedentes, conforme veremos nos próximos capítulos.

3.3 Os maus antecedentes à luz do direito penal do autor e do fato

O Direito Penal do Autor, também conhecido como "responsible law",¹ é a vertente do Direito Penal que concede maior significado à responsabilidade individual no controle social. Esse tipo de lei se caracteriza pela utilização de penas individuais como meio de responsabilização dos indivíduos por seus atos, em oposição a uma abordagem mais direcionada aos fatos. É dessa forma que surge o Direito Penal do Fato, que se caracteriza por focar na punibilidade dos criminosos baseada apenas nos assuntos cometidos e não pela personalidade de cada indivíduo.

A política penal tradicionalmente defendida pelo Direito Penal do Autor é baseada na premissa de que a pena deve temporariamente afastar o indivíduo da sociedade, mas também promover seu retorno sancionado, como meio de efetivar uma recuperação a longo prazo como parte integral de sua responsabilização. A responsabilização individual se traduz na previsão de punições individuais que possam ser aplicadas em cada um sobre o crime que praticou. Tais punições devem ser adequadas à natureza do delito e adequadas ao indivíduo que o cometeu.

O Direito Penal do Fato, por outro lado, dá ênfase à punição do crime em si, ou seja, para cada tipo de delito prevê-se uma pena preestabelecida sem a individualização da punição, mas sim a previsão de punições de acordo com determinado tipo de crime. O enfoque desse sistema é que a punição deve ser a de Ofício, que foi estabelecida previamente independente do autor e que não necessita de análise individual acerca do autor.

Paralelamente, o Direito Penal do Autor dá maior relevância à responsabilização individual com o crime, o que é relevante para a garantia de que a punição aplicada ao autor seja justa e justa neste contexto. Ao considerar as particularidades de cada autor e seu nível de consciência durante a ação prejudicial, cada caso pode ser tratado de maneira individualizada, com poucas chances de aplicar uma mesma pena a outro indivíduo em situação semelhante.

Portanto, o Direito Penal do Autor oferece a possibilidade de um punir garantindo justiça ao indivíduo infrator, com a consequente desvalorização do Direito Penal do fato que

¹ Responsible Law' é um campo de estudo que tem por objetivo estabelecer regras para regular comportamentos éticos, legais e sociais dignos dentro de uma sociedade. É descrito por Felix H. Green como "determinar o direito de todos em casos em que o status existente ou o equilíbrio social não atenderiam às expectativas da moralidade". Esta descrição inclui os atos de responsabilização, que envolvem a responsabilidade de indivíduos e entidades por seu comportamento. Por exemplo, os cidadãos devem cumprir as leis sob pena de responsabilização e as empresas devem aderir aos princípios éticos para evitar danos aos seus stakeholders. Assim, "Responsible Law" promove um sistema jurídico saudável e justo em que todos são responsáveis pelo seu comportamento. A responsabilidade legal não é meramente uma questão de lei e fazer cumprir a lei – ele reflete o Princípio Olímpico da Responsabilidade Própria, reconhecendo que o comportamento moral e a responsabilidade individual são essenciais para uma esfera civil moderna e são fundamentais para o direito constitucional jusnaturalista". - Felix H. Green.

visa apenas uma punição genérica para todos os infratores. Assim, o Direito Penal do Autor é uma abordagem diferenciada que concilia a responsabilização individual e a busca por justiça, tornando-se uma proposta mais adequada para o sistema penal brasileiro.

Atualmente, para atender às necessidades da sociedade moderna, as teorias penais clássicas aplicadas no ordenamento jurídico brasileiro devem ser refinadas para que estejam em pleno alinhamento constitucional. Não é novidade que as teorias penais codificadas não traduzem o que o Direito Penal Brasileiro aplica aos seus jurisdicionados, portanto, o desafio atual é estabelecer equilíbrio na equação pena proporcional adicionado a não impunidade.

Em que pese a legislação brasileira, após a reforma penal de 84 tenha inaugurado um discurso mais liberal e mais humanitário em relação as penas, dissociando-se mais do caráter retributivo, e, portanto, migrando para o caráter ressocializador, ainda é possível visualizar com facilidade o conservadorismo na legislação brasileira, mormente na jurisprudência, com diversos julgados que sinalizam o severo recrudescimento das penas, penalizando o indivíduo pelo que ele é e não pelo que ele fez.

A ampla discricionariedade dada ao magistrado no momento da aplicação da pena inaugurada no artigo 42 do Código Penal de 1940, embora com um tom otimista pelos seus juristas idealizadores, transferiu grandes responsabilidades ao judiciário; em contrapartida, o legislativo não garantiu segurança jurídica que subsidiasse a atuação do judiciário, causando diversas arbitrariedades e dissonâncias entre a Constituição e a Jurisprudência aplicada. A ausência de requisitos claros sobre as circunstâncias a serem consideradas no momento da aplicação da pena permitiu uma atuação desenfreada por parte dos tribunais que acabaram determinando a pena dos acusados com base em análises pouco confiáveis e até mesmo superficiais sobre a vida pregressa do indivíduo.

Assim, os debates sobre as circunstâncias de aplicação da pena puseram em xeque sede fato as teorias penais adotadas pelo Brasil, especialmente a Teoria do Direito Penal do Fato, no momento da aplicação da pena, tem sido aplicada em conformidade com o texto constitucional.

Desse modo, entendeu-se pertinente neste estudo explicar detalhadamente as teorias que esbarram e conflitam com o Direito Penal do Fato e aquelas que se adequam com as garantias constitucionais dos apenados.

Inicialmente trataremos do Direito Penal do Autor, que tem como um dos seus maiores expoentes Jakobs e Meliá (2007), mostrando como esta teoria se desenvolveu e como ela aparece no ordenamento jurídico brasileiro. Em outro momento, trataremos da Teoria do Direito Penal do Fato e, por fim, as teorias relativas às finalidades da pena e das políticas criminais intituladas por Claus Roxin.

Nas palavras de Jakobs e Meliá (2007) “o jurídico-penal se concebe como aquela teoria segundo a qual o Direito Penal está orientado a garantir, a identidade normativa, a garantia constituição da sociedade”. A partir dessa concepção, a sociedade não é entendida do ponto de vista da consciência individual, tampouco da visão aristotélica do Estado como conjunto, mas sim a partir da comunicação.

Assim, Jakobs e Meliá (2007) afirma que um feito penal não se caracteriza por lesões a bens jurídicos, mas sim por lesões à juridicidade, ou seja, quando ocorre um delito não é o bemjurídico que é atingido, mas sim a norma, especificamente, sua vigência.

Assim escreve Jakobs e Meliá (2007, p.4):

A prestação que realiza o Direito Penal consiste em contradizer por sua vez a contradição das normas determinantes da identidade da sociedade. O Direito Penal confirma, portanto, a identidade social [...] a sociedade mantém as normas e se nega a conceber-se da si mesma de outro modo. Nessa concepção a pena não é tão somente um meio para manter a identidade social, mas já constitui essa própria manutenção.

Assim, para que a norma determine a configuração de uma sociedade, a conduta de acordo com a norma deve ser realmente esperada, pois sem uma suficiente segurança cognitiva, a vigência da norma se esvai e se converte numa “promessa vazia”, já que “não oferece uma configuração social suscetível de ser vivida”.

Em outras palavras, para que o Direito surta efeitos se faz necessário que tanto a norma tenha uma segurança cognitiva (representada pela certeza de que se não for respeitada haverá sanção), quanto as pessoas tenham respeito a ela (devendo dar a garantia mínima de que honrarão a norma), pois de outra forma não é possível a comunicação e conseqüentemente a vigência do Direito.

No que se refere à pena, Jakobs e Meliá (2007) alterou mais uma vez sua formulação, buscando algo um pouco menos abstrato que a simples prevenção geral positiva, acrescentando à pena um novo elemento: a necessidade de se infligir ao delinquente uma “dor penal”. O autor deixa claro que esse elemento não configura um novo fim para a pena, pois continua sendo a manutenção da vigência da norma, mas sim de um instrumento que atuará no delinquente como uma garantia da segurança cognitiva, pois lhe demonstrará, voltado para o futuro, que o respeito às normas é mais vantajoso que a “dor penal”.

Desse modo, impossível não perceber o desenvolvimento do viés de prevenção geral negativa no interior da doutrina da prevenção geral positiva de Jakobs e Meliá (2007), pois a necessidade de uma “dor penal” nada mais é do que uma forma de intimidação dos futuros delinquentes através do medo da pena estatal. Essa constatação é realizada pelo próprio autor (2007, p. 46):

Nessa medida, parece que a prevenção geral positiva ao menos também implica na intimidação de autores potenciais, é dizer, prevenção geral negativa, só que não se fala dela diretamente, senão de seu efeito de produzir fidelidade à norma, e de seu reflexo na confiança da norma por parte de outros sujeitos. Dito de outro modo, se a pena mantém a confiança na norma, deve produzir medo ou convicção, e só nesse caso manterá a confiança na norma.

É assim que aparece a “não-pessoa” na teoria de Jakobs e Meliá (2007), que consiste naquele sujeito que não oferece uma segurança cognitiva de que vá se portar conforme as normas, pois para Jakobs e Meliá (2007) quem quer ser tratado como pessoa, deve dar uma garantia que se comportará como tal e se essa garantia não é dada ou se é negada de modo expreso, o Direito Penal deixa de ser a reação da sociedade frente ao ato de um de seus membros (cidadãos) e converte-se em uma reação frente ao inimigo.

O inimigo é um indivíduo que, não só de maneira incidental, em seu comportamento (delitos sexuais), em sua ocupação profissional (delinquência econômica, delinquência organizada e tráfico de drogas), ou principalmente, através de sua vinculação a uma organização (terrorismo, delinquência organizada, tráfico de drogas), ou seja, em qualquer caso, de uma forma duradoura abandona o direito, portanto, não dá a mínima garantia de seu comportamento pessoal.

É nesse ponto que se separa o cidadão do inimigo, pois quando o cidadão comete um crime desautoriza a norma, põe em dúvida sua vigência, mas não desautoriza o sistema jurídico em si, que é prontamente restaurado com a imputação da pena. O inimigo, porém, não apenas desrespeita a norma, mas põe em xeque todo o arcabouço jurídico, ou seja, o próprio sistema.

Voltando-se para as funções da pena, a função aberta (efeito confirmador da norma) não gera qualquer efeito frente ao inimigo restando para ele apenas as funções latentes (preventivas) no sentido de neutralizá-lo, pois não há qualquer garantia de que vá, futuramente, independente da “dor penal” que se lhe imponha, portar-se conforme o direito.

Nas palavras de Jakobs e Meliá (2007, p. 37):

[...] o Direito Penal conhece dois pólos ou tendências em suas regulações. Por um lado o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a que se combate por sua periculosidade[..].

Assim, o Direito Penal do Inimigo segue regras distintas do Direito Penal do Cidadão, inclusive com funções diferentes.

Outrossim, as características do Direito Penal do Inimigo são bem particulares e conforme apontadas por Jakobs e Meliá (2007) são: 1-Adiantamento da punibilidade; 2- falta

de uma redução da pena em virtude do referido adiantamento; 3- Passagem de uma legislação de direitopenal para uma legislação de luta; 4- supressão de garantias processuais.

Agindo com estes instrumentos, a saber: o adiantamento da punibilidade, penas mais severas, limitação de garantias processuais – o Estado não fala com seus cidadãos, mas ameaça seus inimigos.

E é nesse sentido que Jakobs e Meliá (2007), peremptoriamente, afirma que ao inimigo não se comunica nada, simplesmente se combate por sua periculosidade.

Assim, o Direito Penal do Inimigo se aparta dos fins ordinários do Direito Penal, sejam eles a reafirmação do ordenamento jurídico nos termos da teoria da prevenção geral positiva, da prevenção geral de intimidação e da prevenção especial reabilitadora ou de reinserção social. Trata-se, muito mais, de uma legislação de luta ou de guerra contra o inimigo, cujo único fim seria sua exclusão ou inocuização. Em outras palavras, não se trata de conservação ou manutenção da ordem, mas sim da produção de condições suportáveis por meio das quais sejam eliminados todos os que não oferecem garantia mínima de seu comportamento para ser tratado como pessoa.

Desse modo, a pedra angular do Direito Penal do Inimigo e seu centro de gravidade é a separação dos seres humanos entre pessoas e não-pessoas ou entre cidadãos e inimigos, o que implica necessariamente em reconhecer que para Jakobs e Meliá (2007) a personalidade não é algo dado pela natureza, mas sim uma atribuição normativa.

Para Polaino (2006, p. 110):

[...] O sujeito passa a ser tratado pelo Direito mais como uma fonte de perigo do que como um sujeito que comete um deslize reparável. A função que representa a pena neste caso não é um mero cometimento simbólico, senão que tem como objeto eliminar o perigo[...].

Segundo Jakobs e Meliá (2007) o número de inimigos vai sempre crescer, pois uma sociedade que perdeu o respaldo tanto de uma religião conforme o Estado, como da família e onde a nacionalidade é entendida como uma característica incidental, concede ao indivíduo um grande número de possibilidades de construir sua identidade à margem do Direito.

Adverte, ainda, que como a sociedade continuará tendo inimigos não pode deixar de lado essa problemática da falta de segurança cognitiva, tampouco poderá solucioná-la com medidas policiais, de modo que não existe atualmente para o problema qualquer alternativa ao Direito Penal do Inimigo.

Observa-se que, o discurso do Direito Penal do Inimigo, ligado diretamente às circunstâncias pessoais do indivíduo tem tido adeptos no mundo todo, em maior ou menor grau.

No entanto, há uma tendência progressiva para a utilização dessa Teoria sobretudo na aplicação das penas.

Apesar das severas críticas feitas pela doutrina em geral, também é possível observar alguns pontos positivos na teoria do direito penal do inimigo. Dessa forma, a aplicação moderada desta teoria poderia, em tese, se compatibilizar com um estado de direito, como por exemplo, para finalidade preventiva geral, em delitos que atingem bens jurídicos difusos como a segurança pública.

Assim, contextualizando a Teoria com a prática judiciária dos tribunais e até mesmo suas inserções no ordenamento jurídico brasileiro, tratar-se-á algumas normas brasileiras que sinalizam a utilização do Direito Penal do Autor, especialmente com a utilização dos maus antecedentes.

4 A TEORIA DO DIREITO PENAL DO AUTOR NA LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

4.1. O artigo 97 do código penal

Trata-se de artigo que leva em consideração para aplicação de pena a periculosidade do agente, assim, preleciona:

Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial”.

Este dispositivo trata de uma modalidade de medida de segurança, que leva em conta não o que o agente cometeu, mas sim quem ele é, a sua periculosidade e a ameaça que ele possa causar a sociedade.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça fixou em 2019 o entendimento pela 6ª Turma, onde o relator, o Ministro Og Fernandes, entendeu que:

[...]à luz dos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade, **não deve ser considerada a natureza da pena privativa de liberdade aplicável, mas sim a periculosidade do agente, cabendo ao julgador a faculdade de optar pelo tratamento que melhor se adapte ao inimputável**” (EREsp 998.128/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2019, DJe 18/12/2019) (grifo nosso).

Conforme se vislumbra em trecho de voto do ministro, há a clara opção pelo conceito de periculosidade do agente em detrimento da aplicação técnica de natureza da pena privativa de liberdade para fins de aplicação de medida de segurança. Além disso, o STJ assevera a concessão de arbitrariedade ao julgador para aplicar a medida de segurança que melhor se enquadrar no caso concreto.

Desse modo, a escolha da medida de segurança a ser aplicada não está relacionada com a gravidade do delito, mas sim com a periculosidade do agente; a pena levada em consideração é o conceito subjetivo de periculosidade a ser avaliado ao caso concreto.

Caso fosse analisado de forma literal o artigo, o agente que praticasse fato punido com reclusão, receberia, obrigatoriamente, a medida de internação. Por outro lado, se o agente praticasse fato punido com detenção, o juiz, com base na periculosidade do agente, poderia submetê-lo à medida de internação ou tratamento ambulatorial.

Assim, observa-se a insegurança jurídica na aplicação da norma, por dois motivos: primeiro que o próprio legislador garantiu a utilização do conceito subjetivo, e portanto, a ser definido pelo magistrado tal grau de periculosidade do agente; além disso, após anos da edição da norma, a jurisprudência do STJ continua na manutenção da utilização de conceitos subjetivos abertos para fins de aplicação de pena.

Em um sistema garantista não há que se falar em categoria de periculosidade, nem em qualquer outra tipologia subjetiva, como a capacidade criminal, a reincidência, a tendência delinvente, a imoralidade, etc. A respeito disso explica Ferrajoli (2002):

Ao castigar e reprimir a identidade desviante independentemente das ações realizadas, as normas penais constitutivas pressupõem que somos, natural ou socialmente, diferentes, e expressam, com isso, a intolerância para com as pessoas anormais ou simplesmente diferentes, identificadas por características intrínsecas, quaisquer que sejam os critérios para sua diferenciação (FERRAJOLI, 2002, p. 404).

Nesse viés, observa-se a nítida utilização do Direito Penal do Autor para fins de fixação de pena, pois ao adotar a periculosidade do agente como critério de definição de pena, e ainda, deixar ao arbítrio do julgador tal utilização, percebe-se um conservadorismo em descompasso com a aplicação técnica de acordo com o regime de fixação que assim a norma determinou.

Além disso, embora a norma originária tenha se inspirado nas Teorias Retributivas à época bastante influentes na legislação brasileira, o que se percebe é um movimento reforçador da teoria do Direito Penal do Autor, uma vez que a atualização da jurisprudência do STJ só corroborou a aplicação pela análise da periculosidade ao invés de optar por uma análise mais objetiva e que se adequasse à Teoria do Direito Penal do Fato.

Dessa forma, os antecedentes não se ligam ao crime nem dele decorrem, sendo observado que qualquer valoração desses eventos da vida do infrator em seu desfavor implica violação do princípio da culpabilidade do fato.

4.2 O agente com maus antecedentes e reincidente e o princípio da insignificância

No que se refere a aplicação (ou não) do princípio da insignificância ao agente que possua reincidência, ou que possua maus antecedentes, bem como aquele que possua ambos predicativos negativos, a jurisprudência é oscilante quanto ao seu reconhecimento, tendo ora admitido e ora não admitido.

A corrente jurisprudencial que não entende ser possível a aplicação do princípio da insignificância ao agente que possua esses predicativos negativos, fundamenta-se no sentido de

que: a) o fato deve ser analisado de forma conglobada, de modo a analisar não só os 4 (quatro) vetores estipulados pelo STF no HC 84.412-S, rel. Min. Celso de Melo (STF, 2012), mas também outros fatos relacionados a vida pregressa do agente; b) as circunstâncias relacionadas aos maus antecedentes e/ou reincidência não se encaixa com os vetores da falta de reprovabilidade da conduta e da ausência de periculosidade social da ação; c) a aplicação do princípio em análise aos agentes que já possuem predicativos negativos em seu nome seria um estímulo ao cometimento de infrações de pouca monta.

No STF, seguem alguns dos julgados nesse sentido na 1ª e 2ª Turmas:

[...] A reiteração delitiva, comprovada pela certidão de antecedentes criminais do paciente, impossibilita a aplicação do princípio da insignificância. [...] STF. 1ª Turma. HC 109705, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/04/2014. [...] Sentenciados reincidentes na prática de crimes contra o patrimônio. Precedentes do STF no sentido de afastar a aplicação do princípio da insignificância aos acusados reincidentes ou de habitualidade delitiva comprovada. [...] (STF. 2ª Turma. HC 117083, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 25/02/2014).

[...] o princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de condutas ínfimas, isoladas, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica de bagatela e devem ser submetidos ao direito penal" (STF. 1ª Turma. HC 102.088/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 21/05/2010).

Já no STJ, também há julgados nesse sentido na 5ª Turma, senão vejamos:

[...] Apesar de não configurar reincidência, a existência de outras ações penais ou inquéritos policiais em curso é suficiente para caracterizar a habitualidade delitiva e, conseqüentemente, afastar a incidência do princípio da insignificância. No caso, há comprovação da existência de outros inquéritos policiais em seu desfavor, inclusive da mesma atividade criminosa. [...] (STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 332.960/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 22/10/2013) [...] A reincidência específica é prognóstico de risco social, recaindo sobre a conduta do acusado elevado grau de reprovabilidade, o que impede a aplicação do princípio da insignificância. [...] (STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 487.623/ES, julgado em 18/06/2014).

De outro modo, outra parte da jurisprudência entende ser cabível aplicação do princípio da insignificância aos agentes que possuam maus antecedentes e/ou reincidência, com fundamento em que: a) as circunstâncias de caráter eminentemente subjetiva não interferem na aplicação do mencionado princípio, visto que a aplicação deste princípio só deve ser analisada em relação ao bem jurídico tutelado e com o tipo de injusto; b) para aplicação do princípio da insignificância deve-se analisar apenas os vetores indicados pelos STF (o qual tem caráter eminentemente objetivos), não cabendo mencionar questões de ordem subjetivas do agente; c) o simples fato de se reconhecer o princípio da insignificância aos agentes que ostentam predicativos negativos em seu nome não é fator determinante para estimular a prática de

pequenos delitos, sendo esse resultado circunstâncias de outros fatores.

Nesse sentido, mais recentemente a 2ª Turma do STF tem decidido o seguinte:

[...] III - Assim, ainda que conste nos autos registro de uma única condenação anterior pela prática do delito de posse de entorpecentes para uso próprio, previsto no art. 16 da Lei 6.368/1976, ante inexpressiva ofensa ao bem jurídico protegido e a desproporcionalidade da aplicação da lei penal ao caso concreto, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta. Possibilidade da aplicação do princípio da insignificância. Precedente. IV - Ordem concedida para trancar a ação penal. (STF. 2ª Turma. HC 138697/MG, julgado em 16/05/2017) [...]. **III - Assim, ainda que constem nos autos registros anteriores da prática de delitos, ante inexpressiva ofensa ao bem jurídico protegido e a desproporcionalidade da aplicação da lei penal ao caso concreto, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta. Possibilidade da aplicação do princípio da insignificância.** Precedente. IV - Ordem concedida, para trancar a ação penal. (STF. 2ª Turma. HC 137422/SC, julgado em 28/03/2017) (grifo nosso).

A mudança de entendimento da 2ª Turma do STF vem consolidando a possibilidade do reconhecimento do princípio da insignificância aos agentes que possuam maus antecedentes e/ou reincidência, de modo que a análise do caso concreto é que dará amparo para que o juiz valere as circunstâncias para aplicação da insignificância.

Em recente decisão (05/04/2022), a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por três votos a dois, absolveu um reincidente condenado por furtar quatro desodorantes e dois aparelhos de barbear estilo prestobarba, no valor de R\$ 114,36.

Destaca-se trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes em que menciona os riscos de uma decisão levar em consideração os maus antecedentes para aplicação do princípio da insignificância:

É por isso que reputo mais coerente a linha de entendimento segundo a qual, para incidência do princípio da bagatela, devem ser analisadas as circunstâncias objetivas em que se deu a prática delituosa, o fato em si, não os atributos inerentes ao agente, sob pena de, ao proceder-se à análise subjetiva, dar-se prioridade ao contestado e ultrapassado direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato. Trecho voto Ministro Gilmar Mendes AG.REG. HABEAS CORPUS 198.437 SERGIPE.

Assim sendo, percebe-se que deve ter cautela na análise da aplicação do princípio da insignificância aos agentes que possuam maus antecedentes e/ou reincidência, não podendo o magistrado nem afastar liminarmente só pelo fato do agente ostentar circunstâncias desfavoráveis a seu favor, nem aplicar de forma indiscriminada, devendo ser analisada de forma cautelosa em cada caso concreto. Além disso, pelo voto do Ministro Gilmar Mendes, percebe-se a tendência em analisar de maneira objetiva os critérios para análise da aplicação do princípio da insignificância, sob pena de incorrer em aplicação de penas inadequadas ao fato.

No que se refere aos aspectos doutrinários, aos que se filiam a aplicação do princípio da insignificância, temos o eminente professor Luiz Flávio Gomes, que dentre outros argumentos, diz que o princípio da insignificância só reclama requisitos objetivos, assim como os vetores estipulados no HC 84.412 do STF. Além do que, diz o autor, o princípio da insignificância é analisado dentro do fato típico, no elemento tipicidade, e este corresponde a teoria do crime, enquanto os predicativos negativos do agente são vistos na dosimetria da pena, na teoria da pena. Assim sendo, na análise da aplicação do princípio da insignificância não se deve levar em conta requisitos subjetivos do agente, sob pena de retrocedermos ao direito penal do autor (GOMES, 2013).

Já aos que não entendem ser possível tal aplicação, temos o ilustre professor Guilherme de Souza Nucci, que dentre outros argumentos, aduz que não é possível a aplicação tendo em vista que o mencionado princípio não pode representar um incentivo a criminalidade. Traz ainda que tal aplicação seria incongruente com o fundamento da pena que é a ressocialização. Por fim, menciona que como o princípio da insignificância não está expresso no ordenamento jurídico, sendo uma construção doutrinária e jurisprudencial, portanto, nada impede a incrementação de requisitos especiais (como a análise dos predicativos do agente) para aplicação de tal princípio (NUCCI, 2016).

Assim, verifica-se que na doutrina também não há um consenso quanto ao tema, devendo seguir a orientação que vem prevalecendo na jurisprudência pátria, qual seja, que o mencionado princípio deve ser analisado caso a caso para verificação da sua incidência aos réus portadores de maus antecedentes e/ou reincidentes, não devendo ser afastado liminarmente só pelo fato do agente ostentar circunstâncias desfavoráveis a seu desfavor, nem aplicar de forma indiscriminada.

4.3 O direito penal do fato

Nessa etapa da pesquisa falar-se-á sobre a Teoria do Direito Penal do Fato, como estase desenvolveu, quais principais teóricos e quais de seus elementos e características foram incorporadas nos tratados internacionais que tratam sobre os direitos do preso.

Inicialmente cumpre esclarecer que o Direito Penal do Fato é uma construção doutrinária que acreditou-se ser superada pelo Direito Penal do Autor, no entanto, após resultados incongruentes com direitos e garantias fundamentais, voltou a ser suscitada em debates por todo o mundo.

O Direito Penal do Fato já foi utilizado no direito grego e no direito hebreu. Nesses ordenamentos não havia a possibilidade de utilizar elementos subjetivos para condenar o indivíduo pelo fato praticado era simplesmente a letra da lei aplicada ao indivíduo.

Após o desenvolvimento de Teorias que entenderam a necessidade da utilização dos elementos subjetivos do agente para melhor aplicar a pena, sob a justificativa da individualização, que pudesse retirar o caráter genérico e personalizasse a pena como forma de ser a mais justa, proporcional e adequada ao indivíduo, surge a subjetivação do direito penal.

Ao vivenciar momentos conturbados com as Teorias de Direito Penal do Inimigo e atrair adeptos pelo mundo inteiro, ressurgiram os debates acerca da subjetivação do direito penal e o quão elementos subjetivos são prejudiciais na análise das sentenças e,consequentemente na aplicação da pena.

Desse modo, os reacionários às teorias subjetivistas, desenvolveram novas reflexões acerca do Direito Penal do Fato, demonstrando, sob outro ângulo a sua utilização e analisando, sobretudo, os efeitos que as condições pessoais do réu têm na avaliação do magistrado da forma utilizada nos códigos penais, apresentando uma nova alternativa entre o Direito Penal Objetivo Puro e Direito Penal Subjetivo Puro.

Assim, Ferrajoli (2002) menciona que tais elementos na análise da formação da culpa são indissociáveis, conexos entre si. O autor fala que as características pessoais do agente não deve interessar ao direito penal sob pena de transgredir elementos incapazes de mensuração, elementos este que são impenetráveis, ligados aos aspectos de intenções e emoções do indivíduo.

Afirma ainda que, tais elementos são extremamente difíceis de encontrar limites, o que provoca variadas análises desenfreadas pelo julgador para adequar a medida ao grau da prova produzida. Ele entende que a falta de rigor nesse elementos subjetivos abre um grande espaço de valorações, impressões e opções discricionárias, deixando um espaço amplo e vago entre o nexos de causalidade da ação e resultado.

Roxin (2006) trata sob outro ângulo as consequências da utilização do Direito Penal do Autor, sob o aspecto da finalidade da pena, bem com as políticas criminais desenvolvidas por meio dela, que utiliza elementos de justiça e utilidade para alcançar seus propósitos. Com o fim de se alcançar um ideal de justiça que pudesse afastar o caráter retribucionista da pena e pudesse afastar as condições pessoais do agente para fins de aplicação de pena, onde houvesse a dissociação do fato típico ao agente.

Há uma importante discussão também acerca da conformidade da Constituição e a realidade social. Estas são importantes fontes para uma compreensão material do bem jurídico

no direito penal, que por sua vez é o critério central para uma correta determinação do conceito de pena.

O legislador penal deve, portanto, ter cuidado para não penetrar com suas proibições em áreas que só são acessíveis ao julgamento moral.

Dessa forma, a justiça é condição necessária, mas insuficiente para determinar corretamente a pena; deve, portanto, ser complementada pela verificação crítica de se, em que medida e com quais consequências secundárias, a administração da justiça criminal pode aceitar e executar na prática as decisões político-criminais de punição.

Além disso, o princípio da utilidade desenvolvido pelo autor tem por objetivo atualizar as determinações de punição do direito penal material e verificar se elas são realizáveis nas atuais condições reais da Administração da Justiça Criminal.

Isso significa que na determinação da pena é mais inteligente renunciar a conceitos que refletem tendências subjetivas como o cerne da descrição do fato criminoso porque, com o tempo, elementos subjetivos, como todos aqueles que refletem uma disposição ou tendência mental, representam problemas probatórios especiais.

As pessoas têm uma ideia bastante distorcida do direito penal. O seu comportamento é regido mais por normas sociais que nem sempre coincidem com as penas, motivadas por diversos fatores que pouco têm a ver com a punição e com o direito penal. Por tais razões, o direito penal de fato é preferível ao direito penal baseado nas características pessoais do autor do crime (direito penal do autor).

Assim, somente uma determinação da punição adaptada ao seu tempo e às necessidades da práxis pode atingir a longo prazo as expectativas contidas nas teorias preventivas do Direito Penal, tais como influenciar o comportamento das pessoas com os seus meios (reintegrar criminosos, intimidar aqueles que podem se tornar criminosos e afirmar e garantir normas sociais fundamentais). Portanto, uma política que não influencie cognitivamente ou emocionalmente as pessoas na hora de determinar o mérito, pode ser justa, mas em nenhum caso será útil.

Roxin (2002) propõe uma análise da culpabilidade como elemento integrativo com as políticas criminais de ressocialização para chegar a uma pena adequada e justa ao indivíduo.

Trazendo uma teoria do Direito Penal Moderno, o teórico afirma que a missão do Direito Penal não pode consistir na retribuição da culpa, mas apenas na ressocialização e nas inadiáveis exigências da prevenção geral. Trata-se de garantir, na determinação do grau máximo da pena, o princípio da igualdade de tratamento para iguais e desigual para desiguais.

Para ele, a culpabilidade jurídico-penal nada mais é do que uma decisão contra a norma penal, ainda que tenha capacidade de reagir às exigências normativas. Nesse sentido, o Direito

Penal precisaria da ideia de culpa como “meio geral de prevenção” uma vez que a “culpa” é apenas uma condição necessária, mas não suficiente para demandar responsabilidade criminal.

O grau de responsabilidade é, portanto, a área em que a política criminal referida ao autor do crime penetra diretamente na dogmática do Direito Penal, na medida em que o conteúdo das finalidades da pena é determinado conjuntamente pelo conhecimento criminológico, sociológico-jurídico e filosófico-jurídico, tropeçando naquela estreita relação entre dogmática e ciências básicas, em cuja consideração uma obra articulada se petrifica muito facilmente, tornando-se lógica conceitual formal.

A fundamentação político-criminal da categoria de responsabilidade baseada na teorias dos fins da pena não só é adequada para explicar a regulamentação do direito positivo sem contradições, mas ao mesmo tempo permite resolver melhor os problemas teóricos fundamentais de Direito Penal.

No que se refere aos efeitos da sentença, devem ser levados em consideração os efeitos que se espera que a sentença tenha sobre a vida futura do prisioneiro na sociedade.

O juiz não pode ultrapassar o limite máximo. Ele não pode, portanto, impor uma sentença que seja tão grave em sua magnitude ou natureza que não seja mais considerada por ele adequada à culpa.

Há uma modificação da pena adequada à culpa que deve ser humanizada com a exclusão dos efeitos da resposta dessocializada em condições de ser utilizada em um moderno Direito Penal ressocializador.

Como solução, a política político-criminal mais necessária atualmente deve ser plenamente válida dogmaticamente no quadro da categoria de responsabilidade: a política criminal e a ideia de culpa devem ser reunidas em uma síntese em sua influência recíproca e em sua limitação contemporânea.

Considera-se que, por um lado, a culpa certamente impõe limites ao abuso político criminal de poder punitivo, mas também, por outro lado, uma política criminal orientada pelos critérios da prevenção essencial impede que uma conduta seja punida apenas por sua culpa os aspectos político-criminais no conceito sistemático de responsabilidade, um grau de limitação da pena pelos princípios do Estado de Direito maior do que pode ser garante um princípio isolado de culpa.

Por isso, o mais importante é entender o problema da limitação da pena não exclusivamente em função do princípio da culpabilidade, mas também como elemento integrante firme da finalidade político-criminal. Em outras palavras, a função específica, ainda hoje eficaz e importante, do princípio da culpa consiste em limitar a magnitude da pena. Este

conceito proporciona a ponte necessária entre a justificação e a determinação da pena.

Conclui-se, portanto, que a determinação da pena em função do grau de culpa serve, por um lado, para efeitos preventivos, mas, por outro, impõe a essas finalidades os limites que, do ponto de vista do Estado de Direito, são necessários.

Dessa forma, os pressupostos da pena seriam a criminalidade, a ilicitude e a responsabilidade, porém o conceito de responsabilidade inclui o de culpa, mas é mais amplo, ao incluir também os pressupostos preventivos da necessidade de punição.

Com isso, a barreira intrasponível da missão da dogmática jurídico-penal, ou seja, do estudo jurídico do Direito Penal, é estabelecer limites por razões jurídico-políticas para o alcance de objetivos políticos-criminosos no Direito Penal com o objetivo de salvaguardar a liberdade individual aliado ao máximo de eficiência político-criminal.

4.4 Dos tratados internacionais adeptos à práticas ressocializadoras

Com o objetivo de proteger os direitos e dignidade humana, diversos tratados internacionais têm regulamentado os direitos de prisioneiros em todo o mundo. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) de 1966 é um destes tratados, considerado como a principal legislação de direitos humanos da ONU. De acordo com este tratado, os presos têm direito à igualdade perante a lei, à integridade física e psicológica, à assistência médica, à educação e à salvaguarda de sua dignidade como ser humano.

Além disso, de acordo com o Pacto, os presos devem ser tratados com humanidade e com respeito para sua dignidade, e nenhuma tortura ou pena cruel, desumana ou degradante pode ser infligida. No entanto, esta declaração tem sido frequentemente violada pelos regimes autoritários.

Segundo o escritor alemão Friedrich Nietzsche, “quem luta contra monstros deve tomar cuidado para não se tornar um deles”. Esta citação recomenda que se deve respeitar o status dos prisioneiros como seres humanos, pois aqueles que confinam outros debaixo de qualquer pretexto não devem descer tão baixo quanto aqueles que condenaram.

Outro tratado importante que prevê direitos aos prisioneiros é o Estatuto de Daomé de 1955. Este tratado especifica as atribuições dos guardas de prisão, a dignidade humana dos prisioneiros e a necessidade de uma assistência médica adequada.

O artigo 10 do Estatuto também afirma que os presos devem ser tratados com humanidade e compaixão, e brigas entre prisioneiros devem ser prevenidas. Como disse Mahatma Gandhi, “A compaixão é a mais nobre das virtudes humanas”. Nós devemos nos

esforçar para compreender e respeitar os direitos e dignidade dos prisioneiros, pois eles são seres humanos como nós e devem ser tratados de acordo com essa regra básica.

Assim, a partir dos tratados de direitos dos presidiários, vemos que os direitos humanos devem ser protegidos, sejam eles dos prisioneiros ou de outros grupos oprimidos. Como disse Voltaire, “A melhor defesa dos direitos humanos é exigir a sua observância”. Por isso, lutar pela igualdade e pela dignidade dos prisioneiros deve ser uma de nossas principais prioridades para assegurar os direitos humanos para todos.

Após a segunda guerra mundial (1955), movimentos internacionais direcionaram-se ao tratamento de direitos humanos universais, inclusive dos carcerários. Assim, foram criadas diversas cartas contendo recomendações para que os países pudessem se adequar à requisitos mínimos de dignidade no interior dos presídios.

A necessidade para criação dessas legislações internacionais surgiu com base nas Teorias Garantistas de Ferrajolli e de Roxin, em uma resposta ao movimento contrário ao recrudescimento das penas inspiradas pela Teoria do Direito Penal do Inimigo de Jakobs e Meliá (2007) que ganhou força após a modernização do crime organizado e do terrorismo.

Assim, em 2015, foram unificados e atualizados tais regramentos originando uma Série de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, composta pelas Regras de Pequim (1985), Regras de Tóquio (1990), Regras de Bangkok (2010), Regras Internacionais para o Enfrentamento da Tortura e Maus-Tratos (1989) e as Regras de Mandela (2015). Tais regramentos tratam sobre justiça criminal e prevenção de crimes.

As Regras de Mandela buscam assegurar a dignidade e respeito não só às pessoas privadas de liberdade, como também a seus familiares. Tais regras também têm como finalidade principal a reinserção social e a prevenção da reincidência dos presos, assegurando-lhes o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, as Regras de Mandela são utilizadas com o intuito de assegurar a proteção aos direitos humanos dos apenados.

Importante destacar que, o Brasil teve participação ativa na elaboração desses tratados nas suas atualizações recentes feitas em 2015, com o objetivo de adequação dos países signatários às condições básicas de tratamento dos encarcerados. Destaca-se a incorporação na Constituição Federal de 1988 de vários princípios e garantias do réu/apenado oriundos dos tratados internacionais.

Apesar das contribuições advindas do exterior, a discrepância entre as recomendações dos tratados internacionais e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro chamaram atenção da comunidade internacional. Por esse motivo, ao Brasil foi determinado uma série de

medidas de adequações para que possa enquadrar-se satisfatoriamente aos ditames internacionais sobre o encarceramento e demais ajustes no processo penal, porém, ainda caminha a passos lentos nesse processo de internalização das demandas carcerárias recomendadas, exigindo reformas muito mais profundas.

No que se refere às normas processuais penais internacionais, é importante destacar o nível de proteção adotado pelas normas brasileiras através da atividade judiciária. Em relação ao poder legislativo, observa-se uma maior preocupação com a elaboração de leis (“Lei Anticrime” – 13.964/2019) que preveem medidas despenalizadoras para redução de encarceramento em massa, prestigiando o Tratado de Tóquio bem como as recomendações da Organização dos Estados Americanos (JESUS; ALVES, 2020).

Por outro lado, com relação ao judiciário, observa-se resistência na aplicação de normas de direitos humanos para garantias de um processo penal justo, posto que atualmente as normas internacionais devem ser incorporadas como princípios e não como normas frias com o fim de serem eficazes dentro do ordenamento.

Assim as normas internacionais de direitos humanos devem ser os elementos estruturantes dentro do processo, devendo obrigatoriamente fazerem parte das decisões dos tribunais diariamente. Portanto, os tribunais brasileiros precisam reconhecer o conteúdo jurídico-normativo que possuem os tratados e convenções internacionais de direitos humanos e assim, colocando em prática as diretrizes humanitárias com a finalidade de alterar a situação brasileira de questões sobre o encarceramento.

Assim, tais tratados preveem a análise do encarceramento com foco em medidas diversas da prisão e do encarceramento em massa, transferindo o foco do combate à criminalidade nas demandas anteriores ao cárcere e ao pós-cárcere, aplicando direitos mínimos aos que se submetem ao sistema de execução penal.

Nesse esteio, temos o Tratado de Tóquio que possui o objetivo na aplicação de medidas alternativas da prisão formuladas por países da Ásia e do Extremo Oriente com uma proposta de um direito penal moderno voltado à ressocialização além da utilização de medidas de punição mais humanizadas, com a utilização de princípios de políticas criminais originárias dos estudos de Roxin.

Merece destaque ainda, a recomendação do referido tratado sobre o permanente controle sobre a eficácia das medidas alternativas para que não se tornem ultrapassadas e não atendam mais aos anseios da sociedade em razão dos avanços tecnológicos e científicos, compatíveis com o refinamento da criminalidade.

Desse modo, percebe-se que o tratado também permeia pela aplicação da pena adequada e proporcional ao delito, atribuindo-lhe a função social de reabilitação através da participação da sociedade geral para o sucesso da aplicação das medidas diversas da prisão.

Dessa maneira, as regras internacionais norteiam os ordenamentos jurídicos pátrios signatários possuindo como foco a ressocialização e análise do fato culpável e não do autor, diminuindo a análise discricionários dos julgadores.

Em que pese, os tratados internacionais sejam normas que não obrigam os países signatários a cumprirem (*soft law*) observa-se que o seu descumprimento pode levar a sérias sanções por parte da comunidade internacional. Por outro lado, o cumprimento de tais regramentos potencializa incentivos sociais e econômicos de outros países, ao país que incorpora e aplica por meios de suas instituições governamentais.

Em última análise, o que prepondera na comunidade internacional são as teorias que visam a ressocialização com a utilização de políticas criminais efetivas que possibilitem a reinserção social do indivíduo submetido ao cárcere.

Além disso, é bastante observado que a opção por penas diversas da prisão e a redução ao encarceramento em massa é o melhor caminho a ser seguido.

A dificuldade encontrada é o processo de integração entre as normas internas e externas, na seara do processo penal dá-se em razão da grande variedade de entendimentos jurisprudenciais sobre determinada matéria, precipuamente as que envolvem os direitos do preso (JESUS; ALVES, 2022).

Desta forma, a postura conservadora dos atores jurídicos opera como canal de expansão da criminalização (e em especial do encarceramento), quando, conforme os parâmetros constitucionais, seu papel deveria ser o de criar, incrementar ou potencializar filtros processuais de resistência à demanda punitiva (CARVALHO, 2010).

No que se refere ao processo penal, percebe-se que as recomendações posicionam-se em um processo penal que ofereça oportunidade de defesa congruente e as garantias de um devido processo legal para que possa, ao fim, chegar a uma pena razoável além de seu cumprimento resguardado os direitos de dignidade da pessoa humana.

No próximo capítulo, analisaremos como a jurisprudência brasileira, especialmente o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, tem feito análise de culpabilidade do acusado em suas sentenças e seus efeitos para a ressocialização do apenado.

5 ESTUDO DE CASO DOS MAUS ANTECEDENTES À LUZ DA TESE DE REPERCUSSÃO GERAL N° 150

A partir de agora, passar-se-á a análise do julgamento do Recurso Extraordinário nº 593818 datado do dia 17 de agosto de 2020 que deu origem a tese de Repercussão Geral nº 150 em que se discutiu, à luz do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a possibilidade de condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos serem consideradas como maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base, originando a seguinte tese: *“Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal”*.

Para isso, serão apresentados pormenorizadamente a mecânica de utilização do sistema de precedentes pelo STF para formação de repercussão geral, além do posicionamento da defesa e da acusação, ou seja, toda a dinâmica para a formação do entendimento.

Será trazida à discussão os seguintes questionamentos a respeito da ilimitação temporal dos maus antecedentes fixada pela Tese de Repercussão Geral 150: O indivíduo tem o direito de ver as suas condenações passadas esquecidas pelo Poder Público Estatal? Os dados pessoais sensíveis do acusado podem ser utilizados a qualquer tempo, e para fins negativos? Ou ainda, após a reincidência, ainda pode-se utilizar a vida pregressa do indivíduo para agravar a pena do indivíduo? O posicionamento do STF conflita com os princípios constitucionais penais?

Posteriormente, será apresentado o voto dos ministros, tanto os que votaram a favor, como os que votaram contrariamente à tese e, ao final, para fins de demonstração da aplicabilidade da tese, demonstrar-se qual o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão antes e depois da fixação da Tese de Repercussão Geral e quais os impactos na vida do condenado, especialmente com relação à ressocialização e o direito ao esquecimento na esfera penal.

Evidenciou-se ainda a forma de utilização dos precedentes no Brasil e seus impactos na segurança jurídica das decisões, bem como o grau de responsabilidade dada a cúpula do judiciário com a prolação de decisões com efeitos vinculantes.

5.1 O entendimento do STF na não limitação temporal no uso dos maus antecedentes através da tese de repercussão geral

Nessa etapa da pesquisa, será feita uma análise minuciosa do processo originário, destacando o fato em si, os argumentos da defesa e da acusação, como votaram os ministros, e

o destaque para a participação ativa do *Amicus Curiae* representados pela Defensoria Pública da União, além do Grupo de Defensorias de Atuação Estratégica nos Tribunais Superiores – GAETS e do Ministério Público do Estado de São Paulo com o objetivo de discutir exaustivamente o tema e instigá-lo para posteriores reflexões.

Para esse momento da pesquisa é importante enfatizar que a pesquisa utiliza como referencial teórico os estudos do professor Claus Roxin acerca da pena e seus fins políticos-criminais, tendo a tese de Repercussão Geral posto fim à antigas oscilações de decisões tanto no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal sobre a utilização dos maus antecedentes, bem como a faculdade do juízo sentenciante da aplicação ou não dos maus antecedentes ainda que ultrapassado o período depurador.

Assim, a análise a ser realizada deste tema se justifica porque desencadeou muitas discussões no mundo acadêmico-jurídico em razão de questões de finalidade e perpetuidade da pena adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, e agora, legalmente reconhecidas como constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual se tornou o standard para esta tese de dissertação.

5.1.1 Sobre o fato

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina denunciou Odair Jose Pinto pela prática dos crimes previstos nos artigos 12, caput c/c art. 18, III, e artigo 13 todos da lei 6368/76 (antiga lei de drogas), artigo 180 do Código Penal (receptação) e artigo 1º da Lei 2.252/54 (Antiga lei de corrupção de menores) pelo fato ocorrido no ano de 2007 na cidade de Campos Novos/SC.

Foi reconhecida a autoria e materialidade do fato, vez que foi encontrado com Aldair 3,85 gramas de crack e 185,06 gramas de maconha além de balança de precisão, em situação de flagrante delito na sua residência, na companhia de sua convivente, Rosângela Garzon do Nascimento.

Além disso, foi encontrado com o recorrido o aparelho nokia sem comprovante de origem lícita e, no momento da prisão em flagrante foi encontrado um menor de idade portando a quantia de R\$ 941,00 (novecentos e quarenta e um reais) e \$21,00 (vinte e um dólares). Foi condenado à pena de 3 anos e 8 meses, pelo delito de tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368/1976), tendo sido absolvido pelo Juízo de origem pela prática dos crimes de corrupção de menores, receptação e de posse de material destinado ao tráfico de drogas (art. 13 da Lei 6.368/1976). Odair possuía – à época dos fatos – uma condenação por uso de substância

entorpecente (art. 16 da Lei 6.368/1976), cuja pena foi extinta em 17/8/1999.

O ora recorrido, em sede de acordão, teve reformada sua sentença pelo crime de tráfico de drogas e corrupção de menores no qual teve sua pena agravada para 6 anos e 2 meses e 20 dias de reclusão em regime fechado e ao pagamento de 90 dias-multa, oportunidade em que foram desconsiderados pelo Tribunal de Santa Catarina para efeitos de maus antecedentes condenação anterior a 5 anos.

Inconformado, o *Parquet* Catarinense interpôs o Recurso Extraordinário para que o Supremo Tribunal Federal se manifestasse sobre a possibilidade da utilização dos maus antecedentes para fins de agravamento de pena-base bem como a conformidade com o artigo 5º, LXVII, (princípio da presunção de inocência).

Argumentou o membro do Parquet que mesmo após o período depurador da reincidência, devem as condenações anteriores serem consideradas para fins de reprovação dos maus antecedentes, afirmando que o princípio constitucional da presunção de inocência, não se projeta à dimensão da dosimetria da pena.

5.1.2 A tese da defesa

Importante esclarecer que neste caso, o advogado do recorrido não apresentou as contrarrazões ao Recurso Extraordinário, somente informando que não poderia comparecer na data do julgamento. Por essa razão, somente a defensoria Pública da União representada pela defensora pública da União Tatiana Aragão, o Grupo de Atuação da Estratégica da Defensoria Pública nos Tribunais Superiores –GAETS e Sinval Dias Borges (parte interessada, porém teve pedido indeferido pelo relator para atuar como *Amicus Curiae*).

Em sede de contrarrazões a defesa informou que o Código Penal brasileiro no seu artigo 59, previu oito circunstâncias judiciais para fixação da pena base, dentre elas os antecedentes criminais. No entanto, não trouxe o seu conceito, assim como não estabeleceu um prazo prescricional para a extinção dos seus efeitos, deixando essa tarefa para a doutrina e a jurisprudência.

A doutrina entende que os antecedentes criminais dizem respeito aos dados atinentes à vida pregressa do réu na seara criminal, ou seja, os fatos e acontecimentos que envolvem o seu passado criminal, bons ou ruins. Nas lições de Cleber Masson, seria “como o ‘filme’ de tudo o que ele fez ou deixou de fazer antes de envolver-se com o ilícito penal, desde que contidos em sua folha de antecedentes”.

Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal evoluiu no tocante ao conceito de maus antecedentes, pois antes considerava que inquéritos e ações penais em curso eram considerados maus antecedentes (HC 84.088/MS), posteriormente foram surgindo novas orientações até culminar com o entendimento de que “ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição de antecedentes criminais” (RE 591054, Relator Min. Marco Aurélio).

Trouxeram outros exemplos como no julgamento do RE 591.054/SC, também de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que consignou-se a existência de semelhante movimento na doutrina no sentido de que somente podem ser valoradas como maus antecedentes as decisões condenatórias irrecorríveis e que tal orientação estaria em consonância com a moderna jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, assim como da recomendação por parte do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, segundo a qual o Poder Público deve abster-se de prejudicar o acusado.

Relembrou-se o verbete n. 444 da Súmula do STJ, que dispõe que “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”, asseverando que, uma vez admitido pelo sistema penal brasileiro o conhecimento do conteúdo da folha penal como fator a se ter em conta na fixação da pena, a presunção deve militar em favor do acusado.

Considerar para a majoração da pena-base, os processos que tenham resultado na aceitação de proposta de transação penal (Lei 9.099/1995, art. 76, § 6º); na concessão de remissão do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em procedimento judicial para apuração de ato infracional, com aplicação de medida de caráter reeducacional; na extinção da punibilidade, entre outros.

Por fim, concluiu-se que, as condenações por fatos posteriores ao apurado, com trânsito em julgado, não são aptas a desabonar, na primeira fase da dosimetria, os antecedentes para efeito de exacerbação da pena-base. A incidência penal só serve para agravar a pena quando ocorrida antes do cometimento do delito, independentemente de a decisão alusiva à prática haver transitado em julgado em momento prévio, pois deve ser considerado o quadro existente na data da prática delituosa. A ementa ficou assim formatada:

PENA – FIXAÇÃO – ANTECEDENTES CRIMINAIS – INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO – DESINFLUÊNCIA. Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais. (RE 591054, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-037 DIVULG 25-02-2015 PUBLIC 26-02-2015)

Observou-se que este julgado foi uma boa oportunidade de o Supremo analisar a questão da temporariedade dos antecedentes. Entretanto, restou consignado que o transcurso do quinquênio previsto no art. 64, I, do CP, referente à reincidência, que adota o sistema temporal, não seria óbice ao acionamento do art. 59 do mesmo diploma legal, ou seja, prevaleceu o sistema da perpetuidade dos antecedentes.

Assim, ante a falta de definição do prazo para os antecedentes criminais, a exemplo da reincidência (art. 64, I, do CP), o Superior Tribunal de Justiça acabou por fixar o entendimento majoritário pela perpetuação dos maus antecedentes, enquanto que no Supremo Tribunal Federal vem se adotando o sistema da temporariedade para os maus antecedentes, a exemplo do HC 119200 de relatoria do Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 11/02/2014, do qual agregamos os seguintes julgados:

STF - Habeas corpus. 2. Homicídio qualificado-privilegiado. Condenação. 3. Aumento da pena em sede de recurso especial. Entendimento no sentido de que o período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP, refere-se à reincidência, mas, com relação ao registro de antecedentes, esses prolongam-se no tempo, devendo ser considerados como circunstâncias judiciais em desfavor do réu. 4. Registro de uma condenação anterior, por contravenção (dirigir sem habilitação), transitada em julgado em 28.6.1979. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. **Aplicação do princípio da razoabilidade.** 5. Ordem concedida para restabelecer a decisão proferida pelo TJ/RJ nos autos da Apelação n. 2006.050.02054, que manteve a pena-base fixada pelo Juiz-Presidente do Tribunal do Júri e, assim, reconheceu a prescrição da pretensão executória. (HC 110191, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, **Segunda Turma**, julgado em 23/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-083 DIVULG 03-05-2013 PUBLIC 06-05-2013) (grifo nosso).

Da análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal, foram extraídos alguns fundamentos que revelam importantes justificativas para fixação da tese da temporariedade para os maus antecedentes, seguindo-se a mesma ótica da reincidência, senão vejamos:

- a) Não se poderia fazer uma interpretação *in malam partem*, para permitir a perpetuação dos maus antecedentes diante da omissão do legislador em estabelecer um prazo para sua consideração;
- b) A perpetuação de efeitos que a lei não prevê fere os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da razoabilidade e do caráter socializador da reprimenda penal;
- c) A perpetuação dos maus antecedentes fere o direito ao esquecimento;
- d) Se o legislador contemplou a prescrição para a reincidência que é mais grave, com maior razão justifica a sua aplicação para os maus antecedentes, que são menos graves;

- e) Considerar negativamente condenações já alcançadas pelo período depurador da reincidência como maus antecedentes, gera um juízo moral muito subjetivo e pessoal para afirmar que a personalidade do paciente é desvirtuada pela habitualidade criminosa.

Sendo assim, o conceito de maus antecedentes não poderia ser mais amplo do que o de reincidência, uma vez que se fosse essa a intenção do legislador, os maus antecedentes figurariam como causa de aumento de pena (3ª fase) e não como circunstância judicial (1ª fase) que são menos graves do que as agravantes (2ª fase), e com este mesmo fundamento, não se poderia justificar que o direito ao esquecimento deva ter um prazo maior do que o período depurador da reincidência.

O argumento de alguns julgados do STJ, de que a limitação dos maus antecedentes no tempo caracterizaria a violação ao princípio da igualdade, uma vez que não se poderia tratar um ex-condenado tal qual um criminoso primário que nunca cometeu um crime, se mostrou fragilizado diante dos argumentos trazidos nos votos dos Ministros dessa Suprema Corte, especialmente porque utilizou-se de uma garantia individual para prejudicar o réu em favor do Estado-acusador.

Nesse esteio, eventual argumento de que a reincidência foi contemplada com o período depurador para evitar, além do agravamento da pena, a aplicação dos demais efeitos decorrentes do seu reconhecimento, não deve prosperar, pois ambos os institutos, geram aumento de pena e também impedem outros benefícios previsto em lei.

Se o Supremo Tribunal fixou a tese de que “Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais”. (RE 591054) e se no Superior Tribunal de Justiça restou sumulado que “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base” (Sumula 444, STJ), a defesa entende contraditório analisar os maus antecedentes de maneira restrita e, ao mesmo tempo, defender a sua perpetuidade.

Argumentou ainda que, o critério trifásico adotado pelo nosso Código Penal constitui uma escala progressiva de gravidade. Assim, não teria cabimento a reincidência perdurar apenas por um determinado período e os maus antecedentes, menos graves, durarem para sempre.

Aduz que aceitar esse efeito estigmatizante dos maus antecedentes é pactuar com o etiquetamento combatido pela criminologia crítica, colocando o condenado de outrora por toda a sua vida à margem da sociedade, ou seja, seria o próprio Estado interferindo na sua ressocialização.

Ressalta-se que os efeitos deletérios dos maus antecedentes, caso não sejam limitados no tempo, poderão impedir perpetuamente a regeneração daquele que os possui, inclusive com impedimento de participar de determinados concursos públicos, pois segundo o STJ:

[...] nada há de imoral no ato administrativo que, calcado em expressa regra editalícia, já dantes conhecida, impede o ingresso, nas fileiras da Polícia Militar, de candidato com antecedentes criminais” (RMS 33.183/RO, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 21/11/2013). No mesmo sentido (AgRg no RMS 39.580/PE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 18/02/2014).

Por outro lado, no entendimento do MPSC seria possível considerar um réu possuidor de maus antecedentes, com apenas uma condenação anterior, após o período depurador da reincidência e não considerar aqueles que possuem uma extensa folha penal, com dezenas de inquéritos em andamento, diversos processos penais sem trânsito em julgado, conforme pacificou o entendimento dos Tribunais Superiores.

A defesa ainda utilizou o argumento de que o Direito Penal moderno é um direito penal do fato e o agente deve ser punido pelo que efetivamente praticou e não pelo que ele foi. A consideração sobre os antecedentes não deveria influir de maneira a exasperar a pena-base do agente, transpondo os limites estipulados por sua culpabilidade no caso concreto submetido a julgamento. Sustentar o contrário significa estabelecer dupla punição, por força do reconhecimento de maus antecedentes.

Defendeu a evolução do conceito de maus antecedentes com o entendimento prevalente nos tribunais, a exemplo da Súmula 444 do STJ, antes mencionada, que proíbe a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Neste sentido, ainda para efeitos de maus antecedentes, poderiam ser consideradas as condenações com trânsito em julgado, que não fossem utilizadas como reincidência (casos de dupla reincidência), a condenação anterior à contravenção penal, ainda não alcançada pelo período depurador da reincidência; as condenações sem trânsito em julgado, mas já esgotados os recursos de segunda instância, tendo em vista a possibilidade de cumprimento da pena provisoriamente, fixado pelo STF em Repercussão Geral. As condenações transitadas em julgado que venham a ocorrer no curso da respectiva ação penal, conforme vem apontando alguns julgados.

Em outro giro, também foi pontuado que, a temporariedade dos maus antecedentes ofende o princípio da vedação a penas perpétuas, o direito de personalidade, além da dignidade da pessoa humana e que qualquer analogia feita na seara penal somente é cabível para beneficiar o réu.

Com isso, não é admissível e nem razoável dilatar a interpretação do artigo 64, inciso I, do Código Penal, para se permitir o reconhecimento dos maus antecedentes, haja vista que o agravamento da pena-base por condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos não encontra nenhuma previsão legal, pelo contrário, trata-se de analogia *in malam partem*, vedada no ordenamento jurídico pátrio.

Além disso, não fomenta a função social ressocializadora da pena, criando sempre um estigma social à pessoa que foi condenada por fato criminoso.

Por fim, reafirmou-se a utilização do direito ao esquecimento na seara penal pelo Supremo Tribunal Federal, em que foi suscitada a teoria para fins de limitação ao uso dos maus antecedentes.

5.1.3 A tese da Acusação

A acusação representada pelo Ministério Público Federal, pela Procuradoria Geral da República em sede de Recurso Extraordinário, emitiu parecer pelo provimento do Recurso Extraordinário, opinando pela ilimitação do uso dos maus antecedentes para fins de agravamento da pena-base, sob os argumentos de que o Código Penal previu dois institutos distintos e inconfundíveis: a reincidência e os maus antecedentes. Ambos, cada qual à sua maneira, e que estes atuam como elementos individualizadores da reprimenda concretamente aplicada no édito condenatório.

Noutras palavras, embora incidam cronologicamente em momentos diferentes, reincidência e maus antecedentes atuam para dar concretude ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF/88), por força do qual a sanção penal há de retribuir o específico desvalor da conduta delituosa de cada indivíduo, à luz da sua contumácia.

Doutrinariamente, não se pode igualar os efeitos dos dois institutos, ou seja, em que pese a reincidência, após o período depurador, deixe de existir, mas os maus antecedentes subsistem para ser utilizada em futuras condenações, assim preleciona o professor Cezar Roberto Bittencourt (p. 226, 2010):

Apesar de desaparecer a condição de reincidente, o agente não readquire a condição de primário, que é como um estado de virgem, que, violado, não se refaz. A reincidência é como o pecado original desaparece, mas deixa sua mancha, servindo, por exemplo, como antecedente criminal (art. 59, caput).

A opinião retratada foi pautada na premissa, de que a reincidência norteia-se pelo princípio da temporariedade, enquanto os maus antecedentes são informados pelo princípio da perpetuidade.

Isso porque há uma fundamental diferença a ser estabelecida entre penas perpétuas e consequências perpétuas (ou irreversíveis). O passado não é apagado e a biografia fornece elementos importantes sobre a contumácia e a periculosidade de um infrator.

Sob outro ângulo, foi suscitada a discussão do esvaziamento dos maus antecedentes em caso de limitação ao seu uso, pois após o período depurador da reincidência, sobraria hipóteses excepcionabilíssimas para a utilização dos maus antecedentes, tais como quando o agente tem mais de duas condenações definitivas, situação em que uma delas poderia ser valorada como reincidência, ao passo que a outra seria tida como maus antecedentes.

Para muito além da fixação da pena-base, o legislador também considerou os antecedentes como critério relevante em diversas outras hipóteses previstas em distintos diplomas normativos:

- a) antecedentes são considerados para a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (art. 44, III, CP);
- b) antecedentes são considerados para o reconhecimento de continuidade delitiva, nos crimes dolosos praticados contra vítimas distintas, mediante violência ou grave ameaça (art. 71, parágrafo único, CP);
- c) antecedentes são considerados para a fruição do benefício da suspensão condicional da pena (art. 77, II, CP);
- d) antecedentes são considerados para o gozo do livramento condicional (art. 83, I, CP);
- e) antecedentes são considerados para a concessão de perdão judicial no crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, §3o, CP);
- f) antecedentes são considerados para a concessão de perdão judicial no delito de sonegação de contribuição previdenciária (art. 168-A, §3o, CP);
- g) antecedentes são considerados para a oferta de transação penal (art. 76, § 2o, III, Lei 9099/95)
- h) antecedentes são considerados para a oferta de suspensão condicional do processo (art. 89, Lei 9099/95).

Portanto, em face da importância do uso dos maus antecedentes em diversos crimes tipificados na legislação ordinária, ignorar os maus antecedentes traduz um posicionamento de indiferença não apenas à lei e ao legislador, mas ao Direito como um todo. A consequência é um efeito cascata, havendo um impacto múltiplo.

No que se refere ao Direito ao Esquecimento, não é possível aplicá-lo ao caso concreto, pois não é possível dizer, com segurança jurídica, que a Constituição de 1988 previu o direito

ao esquecimento. Principalmente, para dele extrair a ilação de que maus antecedentes não podem ser considerados após o quinquênio previsto no artigo 64, I, CP.

No Brasil, sua aceitação ainda é razoavelmente controversa e objeto de disputa acadêmica, porque o texto constitucional não acomoda com facilidade essa pretensão. Simplesmente, a linguagem constitucional não é clara sobre um direito ao esquecimento, mormente para a ilação de que ele impediria a consideração de maus antecedentes mais remotos.

Foi incitado ainda que, caso haja o desacolhimento do recurso em espécie, poderia ocorrer uma “*anistia criminal não prevista em lei*”, ou seja, caso seja ultrapassado o período depurador da reincidência, o agente volta a ser um indivíduo sem qualquer resquício em sua biografia como se fosse uma *amnésia quinquenal*, sob pena de incorrer em ofensa ao princípio da isonomia:

Aquele que conserva antecedentes criminais imaculados não merece, em uma condenação, ser tratado da mesma maneira que o agente cuja pena foi extinta há pouco mais de uma copa do mundo. A pena deve vestir a pessoa do condenado como uma roupa feita sob encomenda, isto é, na exata medida da sua periculosidade[...] trecho dos memoriais oferecidos pela Procuradoria Geral da República, p. 14 (*apud* 2018, p. 121-122).

Ao final, propôs ainda, flutuações de utilização dos maus antecedentes em função da distância temporal das últimas condenações, em caráter de equilíbrio, proporcionalidade e respeito ao princípio da individualização da pena, ou seja, se a condenação é mais longínqua, menor será a exasperação. Se mais recente, tanto maior, preservando-se os princípios da individualização da pena, da legalidade, da isonomia e da própria ideia de esquecimento.

5.1.4 Análise do voto dos ministros

Votaram a favor do acolhimento do Recurso Extraordinário, os Ministros Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes, Carmen Lúcia, Rosa Weber e Edson Fachin, em desfavor, os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Dias Toffoli.

A análise do Recurso Extraordinário deu-se sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, que manifestou-se pelo provimento do Recurso com as seguintes razões: Para o relator, o fato da legislação penal diferenciar o instituto dos maus antecedentes da reincidência merece também tratamento diferente na análise da aplicação da pena, ou seja, os maus antecedentes, de acordo com a legislação, figuram entre as circunstâncias judiciais do art. 59, portanto, afere-se a existência de maus antecedentes na primeira fase da dosimetria. Já a reincidência é aferida na segunda fase da dosimetria, ou seja, após a fixação da pena-base, portanto, após ter-se levado em consideração a eventual existência de maus antecedentes. Diferentemente dos maus

anteriores, a reincidência foi fixada a limitação temporal de 5 anos, restaurando-se a primariedade do indivíduo, caso não haja outras condenações, nos termos do artigo 64, I. Para o relator, a opção do legislador em não limitar o uso dos maus antecedentes não parece incompatível com a Constituição Federal, e assim, autoriza o julgador sentenciante a utilizar o instituto a qualquer tempo de acordo com o caso em espécie, sendo uma competência discricionária, diferentemente da reincidência, que é um tratamento vinculante de aplicação para fins de agravamento da pena.

Em outra justificativa, entende que não há conflito com o princípio da presunção de inocência, uma vez que não há análise da formação da culpa na utilização dos maus antecedentes, pois o juízo condenatório já foi quebrado anteriormente com outras decisões transitadas em julgado.

E, por fim, entendeu que impedir a utilização dos maus antecedentes, mesmo depois de cinco anos, impede que o juiz, ao formular o juízo condenatório, aplique dois princípios constitucionais importantes, que são o da isonomia e o da individualização da pena.

Em relação a estes princípios aplicados à espécie, dizer que o juiz não pode considerar os maus antecedentes depois de cinco anos significa que ele não pode levar em conta situações específicas daquele réu. Por exemplo, se o juiz que estiver julgando um caso em que um dos autores do delito praticou dez estelionatos há seis anos, e o outro coautor do delito é réu primário e de bons antecedentes, se ele não puder levar em conta maus antecedentes, vai ter de condenar essas duas pessoas à mesma pena, o que viola tanto o critério da isonomia quanto o critério da individualização da pena. Em síntese, não se pode retirar do julgador a possibilidade de aferir, no caso concreto, informações sobre a vida pregressa do agente para fins de fixação da pena-base em observância aos princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena.

Na sequência, votou o ministro Alexandre de Moraes, acompanhando o voto do relator sob os seguintes argumentos: como os maus antecedentes e a reincidência são institutos diferentes devem obrigatoriamente serem tratados de maneira diversa. Logo, apesar do período depurador da reincidência findar após 5 anos, não se pode ter o mesmo raciocínio para os maus antecedentes, vez que, trata-se de instituto analisado na primeira fase da dosimetria da pena e que estes requisitos de valoração da pena não podem simplesmente serem esquecidos no primeiro momento de dosimetria da pena. Pontuou que, no artigo 64, o Código Penal afasta os efeitos da reincidência para fins de circunstância agravante do artigo 61, I, e não a reincidência no prazo de cinco anos.

Assim, não se pretende induzir ao raciocínio de que a pessoa que já sofreu condenação penal terá maus antecedentes pelo resto da vida, mas que, havendo reiteração delitiva, a

depende do caso concreto, o juiz poderá avaliar essa condenação anterior, que não se enquadra no conceito de reincidência, como mau antecedente.

O Ministro Edson Fachin também votou acompanhando o relator, com as seguintes justificativas: em face do princípio constitucional da isonomia, em que o acusado com penas transitadas em julgado deve receber análise diferenciada na dosimetria da pena em detrimento do acusado que possui primariedade, assim é razoável que haja a exasperação da pena-base pelo reconhecimento desfavorável da vetorial dos maus antecedentes daqueles em relação a este.

Além disso, com relação ao princípio da individualização da pena, o entendimento adequado com tal princípio constitucional é que a jurisprudência se consolida no sentido de deixar a competência discricionária, ou seja, permitir ao magistrado que analise no caso concreto e desde que de forma fundamentada, avaliar negativamente a circunstância judicial dos maus antecedentes, assim como a ele é plenamente legítimo afastá-la, ainda que constatada a existência de condenação transitada em julgado que não sirva para efeitos de reincidência, caso entenda que tal registro não justifica, no caso concreto, o aumento da reprimenda penal na primeira etapa da dosimetria.

A ministra Rosa Weber entendeu igualmente aos anteriores ministros que se tratando de dosimetria, prevalece a discricionariedade do julgador, à luz do art. 59, do Código Penal, acompanhando igualmente o voto do ministro relator.

A ministra Carmen Lúcia acompanhou o voto do relator, com argumentos diferentes. Inicialmente argumentou que não há discussão de pena perpétua na utilização dos maus antecedentes, pois com base nos argumentos trazidos pela defesa a utilização dos maus antecedentes de modo ilimitado demonstra a perseguição da pena à vida inteira do indivíduo, mas nesse caso, sob a égide da ministra, não é o que está sendo analisado, na verdade, se trata especificamente do aproveitamento, ou não, de um título que uma antecedência criminal poderia levar quando não se dá a reincidência, ou seja, dentro daquele prazo de cinco anos.

Em outro ponto, finaliza assentando no sentido de deixar a cargo do magistrado sentenciante de verificar se é a hipótese de se considerar aquela condenação anterior - fora do prazo, para além do prazo de cinco anos -, como mau antecedente, ou não, para os efeitos da dosimetria que precisa ser individualizada.

O ministro Ricardo Lewandowski seguindo o sentido contrário do voto do ministro relator e dos demais ministros, sob os seguintes argumentos: começou ponderando que os tribunais de todo o país, assim como o Supremo Tribunal Federal, tem seguido um movimento de aumento de autoritarismo e do punitivismo justificados por um pretense combate à criminalidade com várias propostas de alteração da legislação penal para recrudescimento da

pena, e, por consequência, um aumento progressivo de prisões sem que houvesse qualquer diminuição da criminalidade, sendo o terceiro país que mais encarcera no mundo. Enxergou que a decisão, ora já considerada pela maioria dos ministros representa um retrocesso em matéria de direitos e garantias do cidadão, especialmente daquele que se encontra sob a custódia do Estado-Juiz.

Considerou ainda que não pode a legislação fazer analogia *in malan partem*, assistindo ao indivíduo o 'direito ao esquecimento', ou 'direito de ser deixado em paz', alcunhado, no direito norte-americano de *the right to be let alone*".

Fez uma analogia aos tempos medievais em que a marca da criminalidade deveria ser correspondente àquela marca de ferro em brasa no rosto do criminoso, para que a sociedade jamais esqueça de que ele, num determinado momento de sua vida, cometeu um crime e que, através desta decisão estaríamos restaurando esse estigma em sentido contrário do progresso em relação à trajetória da humanidade em direção à civilização.

Finalizou aduzindo que, permitir a utilização dos maus antecedentes após tal período de 5 anos é desprestigiar o princípio da vedação das penas de caráter perpétuo, em que a constituição vedou expressamente.

Na mesma toada do ministro Lewandowski, o ministro Marco Aurélio posicionou-se contrariamente ao voto do ministro relator, informando que a segunda turma do STF da qual ele faz parte e ainda com alterações de composições, sempre se manifestou contrária à tese que ora se firmava, diferentemente da primeira turma, que em recentes julgados tem se filiado à tese discutida. Informou que a tese é extremamente sensível e que leva a controvérsias tanto na jurisprudência como na doutrina.

Ponderou que em decisões anteriores e antigas, se filiava à corrente que estava se formando na análise do recurso em xequê mas que evoluiu ao longo dos 40 anos de judicatura pois se convenceu que assistiu maior razão à tese inicialmente repudiada.

Assim, prevendo o artigo 64, inciso I, do Código Penal a insubsistência da condenação verificada, passados os 5 anos nele aludidos, tomada, como termo inicial, a data do cumprimento ou da extinção da pena, tem-se a impossibilidade de considerá-la no exame dos antecedentes. Em outras palavras, não se pode, a um só tempo, asseverar a insubsistência da condenação pretérita para efeito de reincidência e levá-la em conta visando definir a existência ou não de antecedentes negativos. É dizer: se o decurso de 5 anos, contados do término da reprimenda, afasta a reincidência, agravante de envergadura maior, atinge, também, os maus antecedentes, circunstância judicial de reprovabilidade menor. Insubsistente o mais, não resiste o menos. Do contrário, ter-se-iam subvertidos os limites semânticos próprios ao conceito de

primariedade, no que guarda relação de antonímia com o de reincidência, por sua vez afastada, ante expressa determinação legal, passados 5 anos do cumprimento ou da extinção da pena.

Pensar de maneira contrária, nas palavras do ministro, seria proclamar que o cidadão permanece indefinidamente com a “espada de Dâmocles sobre a cabeça”, afastando-se em última análise, a esperança, elemento indispensável à evolução, à ressocialização do homem.

Suscitou ainda o princípio da legalidade penal estrita, em que apesar do silêncio legal acerca do conceito de maus antecedentes, o delineamento deste não pode afastar-se das balizas legais. Pontuou ainda que é nítida a intenção do legislador em limitar temporalmente os efeitos da condenação em sintonia com a proibição de penas perpétuas contida no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”, da Constituição Federal, utilizando como exemplo a reabilitação em que pode ser postulada depois de 2 anos, contados, igualmente, do encerramento da sanção – artigo 94 do citado diploma. E, após o fenômeno, é vedada, nas certidões criminais, alusão à condenação, salvo ante requisição judicial, nos termos do artigo 202 da Lei de Execução Penal.

Desse modo, mostra-se inadequado submeter o cidadão à eterna penalização considerados erros passados, em razão dos quais já tenha sido condenado com o conseqüente cumprimento da reprimenda, observada a ordem natural do processo-crime, no que direciona a apurar para, selada a culpa, executar a pena. Firme nessa premissa, a interpretação do arcabouço normativo há de fazer-se evitando, tanto quanto possível, a perpetuação das sanções, sob o risco de ter-se verdadeiro retrocesso constitucional, civilizatório em sentido maior.

Portanto, levando em conta a proibição constitucional às penas perpétuas (art. 5º, XLVII, b, CF) e o devido respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), é indispensável a fixação de limites temporais também para a consideração de maus antecedentes na primeira fase da dosimetria da pena.

O ministro Gilmar Mendes justificou o seu voto contrariando também o relator, informando que a inexistência de limites temporais à consideração de maus antecedentes viola a finalidade de prevenção especial positiva da sanção penal, qual seja, ressocializar o apenado (art. 5.6 da CADH). Além disso, desvirtua-se a função de limitação ao poder punitivo estatal, essencial ao Direito Penal de um Estado Democrático de Direito.

Em seu voto, considerou a proteção à vedação do bis in idem, ou seja, o imputado não pode ter sua situação agravada mais de uma vez pelo mesmo motivo. Por exemplo, não é possível considerar uma mesma situação fática em mais de uma das fases da dosimetria, tampouco ampliar a sanção em razão de motivos que já são elementares do tipo penal em questão.

Assim, o controle recursal sobre a dosimetria da pena é essencial para a definição dos critérios legítimos a serem considerados para agravar a situação do condenado com a exasperação de sua sanção penal. Trata-se de função primordial dos Tribunais Superiores, no sentido de limitar os espaços interpretativos para o juízo em âmbito criminal.

Além disso, não faz sentido que o decurso do tempo faça desaparecer os efeitos da reincidência mas não desapareça os antecedentes, este último com efeitos de causa legal de menor expressão jurídica.

Com relação a limitação temporal aos antecedentes e as finalidades da pena, tem-se que a lógica dos maus antecedentes deve ser compreendida em cotejo com o princípio da humanidade das penas e com as finalidades da sanção criminal. Ora, se, por um lado, há o interesse público na persecução penal, exigindo-se que os efeitos dos maus antecedentes de fato recaiam sobre determinada pessoa; por outro, há que se resguardar o valor intrínseco de cada ser humano e as suas aspirações ao longo da vida, sob pena de estarmos construindo um sistema penal monstruoso, que subjugava o indivíduo indefinidamente e ilimitadamente.

Assim, no âmbito criminal percebem-se dificuldades de democratização, a persistência de padrões hierárquicos e obstáculos de atualização das instituições para o enfrentamento da criminalidade no período democrático.

Com relação ao voto contrário dos ministros que o antecederam, estes informaram que caso houvesse a fixação do limite para utilização dos maus antecedentes haveria um esvaziamento do instituto quanto à distinção entre “antecedentes” e “reincidência”, o ministro argumentou que não se pode sustentar a tese por dois motivos: (a) esse não é o problema central analisado, ao passo que a conformidade constitucional sobrepõe-se à pretensão de manutenção de dois institutos infraconstitucionalmente previstos; (b) ainda que se fixe idêntico limite temporal aos maus antecedentes, haverá situações em que será possível a sua consideração na dosimetria.

Ao final, propôs a seguinte tese:

Nos termos do art. 64, I do Código Penal, aplica-se o prazo depurador de 5 anos como limite temporal à consideração de maus antecedentes, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e à vedação de penas perpétuas (art. 5º, XLVII, b, CF).

Em última análise, também votou contrariamente ao voto do ministro relator, o ministro Dias Toffoli que em suas razões justificou que não se pode ampliar a interpretação da legislação ordinária penal para fins de agravamento de pena.

O ministro foi além da análise ora suscitada, ampliou o entendimento de que não se pode valorar os maus antecedentes após o período quinquenal, como também qualquer outra valoração negativa de condutas pretéritas praticadas pelo agente tais como má conduta social ou personalidade voltada à prática de crimes, sob pena de perpetuação de efeitos que a lei não prevê e que não se coadunam com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e do caráter socializador da reprimenda penal.

Justificou tal ampliação de entendimento porque o legislador ordinário, dentro de sua liberdade de conformação, estabeleceu que o decurso do prazo de mais de 5 (cinco)

anos, contado da data do cumprimento ou extinção da pena, é suficiente para expiar qualquer consequência negativa da condenação criminal que pudesse repercutir na dosimetria da pena.

Argumenta ainda que, o homem faz jus ao denominado “direito ao esquecimento”, não podendo perdurar indefinidamente os efeitos nefastos de uma condenação anterior, já regularmente extinta. Por isso, delimitou expressamente o legislador o prazo de cinco (5) anos para a prescrição da configuração da reincidência (Código Penal, art. 64).

Ao final propôs a seguinte tese:

Condenação alcançada pelo quinquênio depurador (Código Penal, art. 64, I), que não gera reincidência, também não pode ser valorada negativamente na dosimetria da pena a título de maus antecedentes, má conduta social ou personalidade voltada à prática de crimes.

Em resumo, foram colacionados a síntese dos argumentos trazidos pelos ministros a fim de que se pudesse analisar de maneira panorâmica e verticalizada o sensível tema da utilização dos maus antecedentes após o quinquênio depurador.

Observou-se que, majoritariamente, o entendimento dos ministros demonstra atenção especial ao princípio da individualização da pena, de modo que, tentar afastar a utilização dos antecedentes após o lapso temporal da reincidência poderia comprometer a aplicação de pena razoável e proporcional ao delito praticado, além de confrontar o princípio da isonomia. É claro o posicionamento dos ministros ao deixar ao encargo do juízo sentenciante, ou seja, facultar-lhe ao caso concreto a análise da utilização ou não dos maus antecedentes, desde que seja devidamente fundamentada a justificativa a sua utilização.

Outro ponto sensível dos argumentos trazidos à baila, são o da vedação da pena de prisão perpétua, para os que votaram a favor do acolhimento do Recurso Extraordinário. Entendeu-se que não há essa discussão, pois o que está sendo discutido especificamente é o aproveitamento de um título que uma antecedência criminal poderia levar quando não se dá a reincidência.

Neste ponto, entende-se que há uma utilização dos maus antecedentes de forma a negatizar e ampliar a pena a ser sentenciada pelo indivíduo que voltou à prática delitiva de modo indeterminado e sobretudo, ao arbítrio do magistrado julgador.

No que se refere ao respeito ao princípio da individualização da pena e da isonomia é razoável que se mantenha a utilização dos maus antecedentes, pois, de fato, não merece tratamento igual o indivíduo que já praticou fatos ilícitos em relação àqueles que jamais estiveram envolvidos com a prática delitiva.

A insegurança jurídica se apresenta no momento em que não se limita o uso dos maus antecedentes, além de transferir toda a responsabilidade da utilização aos magistrados sentenciantes, este é o ponto cirúrgica da discussão que ora se apresenta.

Durante toda a análise dos argumentos dos ministros trazidos aos debates em nenhum momento propõe-se a limitação do uso dos maus antecedentes. A preocupação do legislador dos limites temporais é clara com relação a reincidência, porém tal argumento não é ventilado pelos que votaram pelo acolhimento do Recurso Extraordinário.

Com relação aos argumentos da defesa, inicialmente, convém destacar que o maus antecedentes são todos os aspectos da vida pregressa do réu, e, portanto, fatos íntimos que não podem ilimitadamente e livremente o estado-julgador ter acesso principalmente em situações que agravam a sua pena. Assim, tais fatos merecem ter limites para acesso, inclusive na análise de futuras condenações.

Outro ponto importante é que, como os maus antecedentes são atrelados à conduta do agente, ou seja, seus aspectos pessoais e subjetivos, como realizar uma análise baseada em condenações anteriores a 5 anos, onde não se tem como medir se houve a mudança comportamental do indivíduo? O fato de ter praticado um crime anterior a 5 anos e novamente cometê-lo, faz dele um indivíduo que merece uma reprimenda mais dura por parte do Estado? Essa é a pergunta que o magistrado deve fazer todas as vezes quando for ponderar a utilização dos maus antecedentes. Porém, na prática e com a quantidade alarmante de processos criminais a serem sentenciados, ele conseguirá agir sempre dessa forma? Possivelmente não.

O mecanismo de análise será automático, assim como a reincidência: “tem maus antecedentes?” elevo a pena. Além disso, como bem pontuado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, há um movimento nacional para recrudescimento das penas, indo a legislação brasileira, assim como a jurisprudência a um caminho do direito penal do autor e não do fato, como adotou a legislação penal pátria.

Individualizar a pena não quer dizer subjetivá-la, ou seja, buscar aspectos pessoais para analisar o fato ilícito e condenar o indivíduo e transferir um juízo moral ao juiz, pelo contrário

quanto mais técnico e claro for o critério de análise dos requisitos do artigo 59 do Código Penal, mais uniformes serão as sentenças proferidas pelos magistrados sentenciadores brasileiros.

5.2 O entendimento do tribunal de justiça do estado do Maranhão antes e depois do julgamento do recurso extraordinário 593818

Neste momento, especificaremos o impacto da fixação da tese de repercussão geral 150 no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, local de produção acadêmica desta tese.

Considerando que a tese dá a faculdade ao magistrado de utilizar os maus antecedentes na fase de dosimetria da pena, neste ponto foram encontrados 2 acórdãos oriundos das Câmaras Criminais Reunidas e da 2ª Turma Criminal para verificar se os magistrados ponderaram e fundamentaram as decisões no sentido de utilizar ou não os maus antecedentes como fixou o entendimento da tese exposta.

Os critérios para seleção de julgados foram os acórdãos antes e após agosto de 2020 (data do julgamento do recurso) com a busca através das palavras-chave “maus antecedentes” e “período depurador” no site do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, na aba “jurisprudência”.

Foram encontrados recursos que tratam o tema provenientes da segunda turma criminal e das câmaras criminais reunidas, quais sejam um julgado anterior à tese e um posterior: 0807975-60.2018.8.10.0000 e 0133882020.

Importante ressaltar que foram feitas exaustivas buscas de jurisprudências sobre o tema no site do TJ/MA, utilizando outras palavras-chave com o objetivo de excluir qualquer desconfiância sobre o resultado da busca, bem como de não comprometer o resultado da pesquisa, no entanto, foram encontrados apenas estes dois julgados.

Na análise dos recursos supracitados, os maus antecedentes foram considerados em ambos. O Tribunal antes mesmo da fixação da tese já seguia o entendimento do Superior do Tribunal de Justiça no sentido de utilizar os maus antecedentes para fins de exasperação da pena-base, ainda que ultrapassado o período depurador, conforme se depreende do acórdão abaixo:

EMENTA. REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CULPABILIDADE E MAUS ANTECEDENTES MANTIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REINCIDÊNCIA. NÃO CONFIGURADA. REVISÃO CRIMINAL PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Demonstrado nos autos que o ato do agente na prática delitiva é de maior reprovabilidade, viabilizando o cometimento de outros crimes, a reprovação da circunstância judicial da culpabilidade nesses termos, deve ser tida como idônea. 2. **Constando contra o**

agente registros de condenações que não possa prevalecer para fins de reincidência, em razão do período depurador, pode ser utilizado a título de maus antecedentes. 3. Somente configurada a reincidência quando o agente comete novo crime depois de transitar em julgado a sentença que o tenha condenado por crime anterior, conforme disposto no art. 63 do Código Penal. 4. Revisão Criminal conhecida e julgada parcialmente procedente. Acórdão – vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os senhores Desembargadores das Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Maranhão, unanimemente e de acordo com o parecer ministerial, em conhecer e julgar parcialmente procedente a revisão criminal, nos termos do voto do Desembargador Relator. Participaram do julgamento os Desembargadores João Santana Sousa (Relator), Tyrone José Silva (Revisor), Angela Maria Moraes Salazar (convocada), Vicente de Paula Gomes de Castro, José Luiz Oliveira de Almeida e Raimundo Nonato Magalhães Melo. Presidência do Desembargador Raimundo Nonato Magalhães Melo. Procuradora de Justiça a Dr^a. Maria dos Remédios Figueiredo Serra. São Luís (MA), 11 de setembro de 2019.

No trecho do voto do desembargador relator:

Contudo, verifico que o processo nº 000988-91.2012.8.10.0116, o qual tramitou na Comarca de Santa Luzia do Paruá, tem seu trânsito em julgado datado de 31/08/2015, anterior à sentença do presente caso, datada de 11/05/2016. Portanto, muito embora não configure a reincidência, demonstra que o requerente é possuidor de maus antecedentes. Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. [...] (Proc 28/05/2019, DJe 04/06/2019).

No recurso julgado posterior à tese, o TJ/MA manteve o entendimento, agora confirmada pela Tese de Repercussão Geral 150, conforme acórdão extraído:

Ementa. Penal. Processual Penal. Apelação criminal. Crime de furto qualificado pelo concurso de agentes. Pedido absolutório. Inviabilidade. Autoria delitiva devidamente comprovada. Pleito subsidiário de redução da pena privativa de liberdade. Parcial acolhimento. Efeito devolutivo do apelo. Amplo reexame da dosimetria. Culpabilidade. Pressuposto para aplicação da pena. Premeditação. Maior grau de reprovabilidade da conduta. **Condenação pretérita alcançada pelo período depurador do art. 64, inciso I, do CPB. Configuração de maus antecedentes. Conduta social e personalidade do agente valoradas em razão do histórico criminal do réu.** Carência de fundamentação idônea. Motivos do crime. Acréscimo patrimonial. Fundamentação inidônea. Situação inerente ao tipo penal. Circunstâncias do crime. Bis in idem. Consequências do crime. Elevado prejuízo pela não recuperação de todos os bens subtraídos. Não comprovado. Cálculos após o reexame da final. Redimensionamento da pena de multa. Regime inicial modificado para o semiaberto. Apelo conhecido parcialmente provido. 1. Se o acervo probatório constante nos autos demonstra, de forma harmônica e coesa, a autoria do crime imputado ao réu, incabível é o acolhimento do pleito absolutório. 2. O efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal, quando instado a se manifestar acerca da dosimetria, a examinar as circunstâncias judiciais e rever, amplamente, a individualização da pena, desde que a situação final do réu não seja piorada. 3. O art. 59, do Código Penal, ao anunciar a culpabilidade como circunstância judicial, objetiva avaliar o maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta do agente ou o menosprezo especial ao bem jurídico violado. 4. A premeditação, com planejamento prévio da ação criminosa, revela uma maior censurabilidade da conduta e justifica a valoração negativa da culpabilidade do agente. 5. **A condenação alcançada pelo período depurador de 05 (cinco) anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afasta os efeitos da reincidência, mas não impede a configuração de maus antecedentes, permitindo, assim, o incremento da pena-base.** 6. Eventuais condenações criminais transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente

podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não mais se admitindo para as vetoriais da conduta social ou da personalidade do agente. 7. O legislador, quando da cominação da pena referente ao crime de furto, já previu, como normal à espécie, o objetivo de obter o injusto acréscimo patrimonial em detrimento da vítima. 8. Configura bis in idem a fundamentação utilizada para a vetorial referente às circunstâncias do crime - mediante o concurso de agentes -, pois confunde-se com a qualificadora contida no art. 155, § 4º, IV, do Código Penal. 9. Nos crimes patrimoniais, o valor do prejuízo somente pode ser considerado para elevar a pena-base, quando se mostrar exacerbado, excedendo as consequências ínsitas do tipo penal violado. 10. Quanto ao início de cumprimento da pena, conforme o disposto no art. 33, § 3º, do CPB, além do quantum fixado, também deve haver a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do CPB. 11. Apelo conhecido e parcialmente provido. Acórdão - Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Senhores Desembargadores da Segunda Câmara Criminal, por unanimidade e de acordo, em parte, com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, em dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador relator. Participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores José Luiz Oliveira de Almeida (Relator), Vicente de Paula Gomes de Castro (Presidente) e José de Ribamar Froz Sobrinho. Presentes, a Dra. Domingas de Jesus Froz Gomes, pela Procuradoria Geral de Justiça, e o Dr. José Augusto Gabina de Oliveira, Defensor Público, para fins de sustentação oral. São Luís(MA), 11 de março de 2021. DESEMBARGADOR Vicente de Paula Gomes de Castro PRESIDENTE DESEMBARGADOR José Luiz Oliveira de Almeida RELATOR.

Extraiu-se também, para fins de melhor esclarecimento do fato, o trecho do voto do Desembargador Relator:

No ponto, embora não tenha a magistrada esclarecido bem a situação, a valoração negativa deve permanecer inalterada. Isso porque, de fato, o recorrente possui uma condenação anterior transitada em julgado, referente ao processo nº 0000304-09.2007.8.10.0031 (304/2007), e, ainda que alcançada pelo período depurador de 05 (cinco) anos previsto no art. 64, inciso I, do CPB, embora não seja apta a caracterizar a agravante da reincidência, configura maus antecedentes, consoante já decidiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 593.818/SC, com repercussão geral reconhecida. Aliás, vale registrar que o Superior Tribunal de Justiça igualmente segue firme nesse entendimento, consoante se pode observar da ementa abaixo transcrita, in litteris: [...] A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme ao assinalar que as condenações alcançadas pelo período depurador de cinco anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo, assim, o aumento da pena-base. [...]. Mantenho, assim, a valoração negativa para a vetorial relativa aos antecedentes criminais.

Dessa forma, observa-se que, apesar da competência facultativa dada ao magistrado para valorar os maus antecedentes, o TJ/MA utilizou de forma automática o registro antecedente do acusado. Importante destacar que, no acórdão referente ao processo 0133882020 a condenação era do ano de 2007, ou seja, mais de 10 anos após a primeira sentença e mesmo assim, sem buscar análises mais profundas do caso foi utilizada para agravamento da pena compulsoriamente. Além disso, é importante pontuar também que em ambos acórdãos só havia uma condenação apta a ser valorada como mau antecedente, e nem mesmo a reincidência havia nos casos em espécie. Não foi avaliado qual crime foi praticado, em quais circunstâncias, a

quantidade da pena, o tipo de regime aplicado anteriormente, limitando-se, ao encontrar o registro, automaticamente, incluiu-se o agravamento da pena.

Desse modo, a forma como a tese foi fundamentada, não reflete à prática judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Isso se dá em razão de vários fatores: inicialmente, pelo volume de processos criminais que precisam ser sentenciados diariamente pelas varas criminais do Estado. A análise exaustiva e detalhada dos processos é um exercício quase impossível dentro do judiciário, segundo dados do Programa “Justiça em Números”, o Poder Judiciário possui uma relação de 8,5 magistrados(as) por cem mil habitantes, ou, em outras palavras, um(a) magistrado(a) para cada grupo de 11.764 pessoas. A título de comparação, na Europa essa mesma relação é de um(a) magistrado(a) para 5.690 pessoas, ou seja, no Brasil há praticamente a metade do número de juízes(as) por habitante do que nos países europeus.

Além disso, como bem pontuado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, há um movimento do judiciário pelo recrudescimento da pena que visa o combate à criminalidade, no entanto, esse objetivo não se tem alcançado.

Em uma busca de pesquisa no Conselho Nacional de Justiça a respeito da tendência dos magistrados foi encontrado que inúmeras pesquisas de opinião com Magistrados de carreira – servidores públicos concursados – na qual têm indicado tendência conservadora e, em alguns casos, até mesmo autoritária em confronto com os mais básicos preceitos constitucionais, apontando para a influência punitivista que permeia o senso comum prático-teórico dos operadores do direito.

A pesquisa revela que o ambiente extremo de violência que atinge as grandes cidades brasileiras influencia o comportamento da magistratura. A categoria coloca-se como protagonista importante do combate à criminalidade e anseia pela instituição de formas mais poderosas para combatê-la, seja por meio de alterações legislativas ou da instrumentalização de procedimentos que possam ser aplicados no combate ao crime. Os magistrados querem o endurecimento da lei penal.

Conforme o levantamento de dados em uma pesquisa promovida pela PUC/RS (CARVALHO, 2009) os juízes entrevistados demonstraram maior tendência “a ser mais ‘rigorosos’ na defesa de estratégias de política criminal baseada na penalização/criminalização de condutas, quando concordam, no todo ou em parte, que a legislação penal é excessivamente branda, dificultando a contenção da criminalidade (61,9% dos respondentes), e que o direito penal deve expandir seu campo de abrangência para novos bens jurídicos ameaçados, cuidando de novos riscos sociais (85,4% dos respondentes), referendando assim posições de governo penal da sociedade, seja pela sua matriz punitivista mais clássica (defesa social), seja em suas

atualizações pelas doutrinas penais do risco” (IBCCrim, 2007).

O conteúdo das pesquisas reforça, portanto, o papel dos Tribunais Superiores na defesa da Constituição e na inibição do punitivismo, sobretudo a partir da Emenda Constitucional 45, que instituiu a Súmula Vinculante.

A investigação dos discursos judiciais dos Tribunais, do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, acerca dos critérios de aplicação da pena, é importante indicador para propor novos e renovados diagnósticos.

O Código Penal tenta reduzir ao máximo o arbítrio, embora sejam ainda elevados os espaços de discricionariedade, notadamente na fixação da pena-base em decorrência dos tipos penais abertos previstos no caput do art. 59 do Código Penal.

A caracterização da tipicidade aberta das circunstâncias objetivas (circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima) e subjetivas (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente e motivos) expostas no art. 59, caput, Código Penal, é em decorrência de não estarem previamente conceituadas legislativamente e, sobretudo, pelo fato de, diferentemente das circunstâncias previstas na segunda e terceira fase, não estarem previamente definidas em Lei como critérios de aumento ou de diminuição da pena.

Inegavelmente, a amplitude das hipóteses (08 circunstâncias), notadamente de circunstâncias subjetivas (05 circunstâncias), amplia os espaços de discricionariedade/arbitrariedade, o que, invariavelmente, em direito penal, representa aumento de punitividade.

A aplicação da pena integra a sentença criminal e está vinculada aos princípios constitucionais do processo, notadamente aos princípios da motivação fática e jurídica, nos quais se observam a vinculação do juiz ao direito e à prova produzida.

A fundamentação deve cumprir requisitos materiais e processuais, a partir das noções de motivação fática e legal do juízo de condenação ou absolvição, ou seja, correspondência dos argumentos da sentença com a base legal e o material probatório colhido em procedimento público e contraditório.

A obrigatoriedade da dupla referência encontra amparo no art. 381, III, do CPP, que impõe ao juiz o dever de indicar na sentença os motivos de fato e de direito que fundam sua decisão. Vincula, igualmente, o processo de aplicação da pena, no qual o Magistrado deve indicar as circunstâncias que entende cabíveis para graduar a pena (motivo de direito) e apresentar o suporte probatório que a sustenta (motivo de fato).

O controle material-substantivo da decisão que aplica a pena, referente àquilo que pode ou não ser objeto de valoração, é imprescindível nos sistemas que primam pela motivação.

Mesmo critérios subjetivos, ou seja, referentes ao autor do fato, devem ser demonstrados empiricamente, objetivados na prova, pois a subjetivação de hipóteses e argumentos “gera uma perversão inquisitiva do processo, dirigindo-o não mais à comprovação de fatos objetivos, mas para a análise da interioridade da pessoa julgada”; obtendo, como corolário, a degradação “[...] da verdade processual (empírica, pública e intersubjetivamente controlável) em convencimento intimamente subjetivo e, portanto, irrefutável do julgador” (FERRAJOLI, 1989).

A ausência de critérios mínimos que permita ao julgador realizar de forma razoável e proporcional a individualização da pena – como, p. ex., para decifrar o significado das circunstâncias judiciais, para diferenciar as circunstâncias e os elementos do tipo, para diferenciar o conteúdo de circunstâncias judiciais e legais, para distinguir argumentos condenatórios e valoração da reprovabilidade, para concretizar as circunstâncias e vincular a aplicação da pena às provas produzidas na instrução processual, para quantificar o peso fomenta o descontrole deste momento crucial das circunstâncias na dosimetria da pena – de incidência do sistema punitivo na sociedade, produzindo as inúmeras lesões nos direitos individuais expostas na análise da pesquisa empírica – violação dos princípios da fundamentação das decisões, do *ne bis in idem*, do contraditório, da legalidade, da livre apreciação da prova, da isonomia e da secularização.

Normalmente o próprio Judiciário intervém na correção das violações elencadas, revelando distintos graus de punitivismo entre as esferas. Todavia, como igualmente foi percebido, o respeito sacral à tradição jurisprudencial também produz efeitos negativos que devem ser enfrentados.

Em termos político-criminais, com objetivo de redução dos danos do punitivismo e diminuição do encarceramento, entende-se que eventual reforma (parcial ou global) no sistema de aplicação de penas deveria primar por alguns valores.

Para efetivar reforma no sistema de aplicação das penas é imprescindível o aprimoramento da técnica legislativa, com redação clara e objetiva e demonstração exaustiva dos critérios de valoração da reprovação pessoal pelo ilícito.

Todavia, como essa realidade ainda é distante da conjectura penal que se apresenta, cabe ao judiciário preencher essas lacunas deixadas pelo legislativo. Desse modo, os precedentes se apresentam como uma eficaz ferramenta para uniformização da jurisprudência e coibir o julgamento de sentenças variadas que fogem de preceitos constitucionais.

A arbitrariedade dos juízes nas sentenças criminais é um grave problema que assola o sistema legal em diversos países. De acordo com várias pesquisas, essa prática resulta na impunidade dos criminosos devido a decisões irrelevantes para a gravidade do fato. Ocorre que

os juízes, no momento de julgar, utilizam sua própria percepção de certos fatores, como personalidade jurídica do réu, entre outras coisas, para a determinação da punição a ser aplicada.

Em primeiro lugar, vale destacar o problema dos juízes que utilizam sua discricão no processo de julgamento. Eles acabam omitindo aspectos relevantes e privilegiando os interesses do réu, diante de todo o contexto do crime. Isso acaba por infringir direitos básicos, como de igualdade entre as partes, pois a culpa do réu acaba sendo minimizada e os interesses do Estado negligenciados.

Além disso, a arbitrariedade dos juízes gera insegurança em toda a sociedade, pois não há nenhum mecanismo efetivo para punir aqueles que cometerem crimes. Isso causa a hipótese de que crimes graves possam ser impunes e que não haverá respeito às leis. Com isso, os criminosos acabam se sentindo mais confiantes para praticar outros crimes, havendo uma incerteza quanto à aplicação da lei.

Essa situação causa também sérios prejuízos para a justiça, pois os réus acabam tendo um tratamento de forma abusiva. As sentenças acabam sendo muitas vezes desproporcionais ao crime cometido. Além disso, as providências da apelação acabam tendo resultados ineficazes pois, muitas vezes, a sentença não acaba sendo modificada, e o recurso cai no vazio.

Portanto, faz-se necessário o estabelecimento de mecanismos que limitem o abuso emocional dos juízes no processo de julgamento. Os réus devem ser submetidos a uma aplicação correta da lei e as sentenças devem obedecer às diretrizes da mesma. A impunidade decorrente da arbitrariedade dos juízes acaba levando a justiça a falhar no seu principal princípio, que é a de garantir a igualdade entre as partes. Portanto, é indispensável que medidas sejam tomadas para diminuir a arbitrariedade dos juízes nas sentenças criminais.

Dessa forma, no tópico a seguir, falar-se-á sobre a importância dos precedentes para a uniformização da jurisprudência e seus impactos (positivos ou negativos) nas decisões dos tribunais locais.

5.3 A (in)segurança jurídica representada pelas decisões vinculantes

A insegurança jurídica é um dos principais problemas que comprometem a segurança jurídica no direito brasileiro. Tal insegurança pode ser entendida como o resultado da existência de instrumentos jurídicos distintos que, ao mesmo tempo, são compreendidos e aplicados de forma diversa, o que aumenta a incerteza e dificulta a unificação da normatização. Esse cenário torna-se ainda mais complexo com o uso de precedentes, já que eles podem se contrapor em um mesmo contexto, gerando uma perspectiva de insegurança nas decisões dos tribunais.

A segurança jurídica normalmente é considerada como uma inspiração para a realização de um amplo espectro de atividades econômicas, pois ela oferece estabilidade às normas jurídicas, permitindo previsibilidade e clareza nas relações entre jurisdições ou entre jurisdições e pessoas. Assim, acredita-se que os critérios de segurança jurídica devem ser levados em conta na definição e aplicação de principais questões do direito brasileiro, incluindo a questão dos precedentes.

No direito brasileiro, os tribunais usam os precedentes para fundamentar suas decisões. Esses precedentes têm força de lei, desde que seus fundamentos sejam convincentes; assim, eles devem ser observados pelas instâncias inferiores quando aplicáveis a um caso concreto. No entanto, o uso dos precedentes para fundamentar as sentenças torna-se problemático quando eles apresentam interpretações distintas em um contexto específico. Isso impede o fundamento de uma única interpretação a respeito de um caso, criando grandes incertezas para as decisões futuras.

Além disso, a falta de padronização para as interpretações dos precedentes, tanto na forma como na estrutura, pode ser considerada outra dificuldade que contribui para a insegurança jurídica. Isso enfraquece a autoridade da decisão como meio para estabelecer um direito uniforme, pouco dentro dos princípios da justiça *ratio legis*.

Desse modo, a insegurança jurídica geralmente é causada pela existência de interpretações diversas em relação a um mesmo contexto jurídico. Quando o precedente adotado é divergente da proposta, ele tende a gerar incerteza nas decisões judiciais, aumentando a dificuldade de estabelecer um direito uniforme. A superação desse quadro desafiador requer validação da qualidade dos precedentes e criação de uma uniformidade para as interpretações.

Assim, pode-se dizer que o filtro recursal da repercussão geral se apresenta sob a justificativa de possibilitar que o Supremo Tribunal Federal possa exercer a sua função precípua de salvaguardar a Constituição, ao determinar que as demais instâncias judiciárias sigam o entendimento da Suprema Corte, evitando o encaminhamento de milhares de processos idênticos ao Supremo Tribunal Federal e também para tornar claro o entendimento da Corte Suprema sobre os mais variados temas que interessam ao conjunto da sociedade.

A partir de 2007, ano da regulamentação da repercussão geral no STF, esses números mudaram consideravelmente, com uma constante taxa de redução de acervo nas classes recursais extraordinárias da Corte, que iniciou o mesmo ano de 2007 com 15,8% de redução, chegando a incríveis 45,7% no ano de 2011 (STF, 2022).

Assim, a tendência de constante alta de recebimento de recursos identificada no início dos anos 2000 foi contida pela implementação eficiente de práticas procedimentais na

sistemática da repercussão geral no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Em linhas gerais, o STF atua em três vertentes: i) reconhecimento da repercussão geral com futuro julgamento do recurso pelo Plenário; ii) reconhecimento da repercussão geral com o julgamento imediato do tema em que identificada a possibilidade de reafirmação de jurisprudência; e iii) reconhecimento da ausência de repercussão geral em recursos que veiculem questões infraconstitucionais, com recusa imediata do recurso.

Com base nessas práticas, o STF qualifica o seu posicionamento jurisdicional em dois sentidos: o mérito da questão e a competência para dar a última palavra sobre o tema.

No que se refere ao desdobramento procedimental da aplicação prática do requisito da repercussão geral sob a ótica da proteção dos direitos fundamentais, o precedente normativo formalmente vinculante representa a razão de decidir de uma decisão judicial, cuja importância ultrapassa o caso concreto para ser aplicado com efeito erga omnes.

Diante dessa análise, destaca-se que uma tutela efetiva e justa é aquela que consegue atuar da forma mais próxima possível dos fundamentos da Constituição, nos termos do artigo 1º da Constituição Federal, numa sincronia lógica e garantística com os objetivos da Carta Magna, insculpidos em seu artigo 3º.

Desse modo, a repercussão geral atua no sentido de proteger o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, porém, desde que a sua análise seja feita com a cautela necessária.

A aplicação do sistema de precedentes judiciais exige cuidados redobrados. O empoderamento do poder judiciário como normatizador de situações concretas não previstas pela lei, constrói paradigmas de conduta que, em tese, deveriam otimizar a justiça, proteger a constituição e aplicar os princípios constitucionais, porém nem sempre acontece dessa forma.

O Supremo Tribunal Federal sendo o órgão competente para analisar em última instância diversas questões, cabendo-lhe o pronunciamento final de toda e qualquer questão, passou a adquirir grandes responsabilidades, levando facilmente a cometimento de excessos e erros, com decisões discricionárias e incoerentes.

A sua autonomia garantida constitucionalmente legitima os atos praticados, porém a Carta Magna também delimita os seus próprios limites de atuação, que muitas vezes, em razão das lacunas deixadas pelo legislador, subsidiam decisões injustas ou incoerentes.

Além disso, um outro problema encontrado é a ausência de apreciação ampla e qualificada de todos os fundamentos e argumentos debatidos por parte dos ministros julgadores, carecendo de certa legitimidade nas teses fixadas, pois em decisões vinculantes exige-se o esgotamento das questões suscitadas, explorando a dimensão colegiada.

Contudo, com o volume exacerbado de processos, o que tem se visto é a monocracia decisória e argumentos em acórdãos que melhor se adequam ao sentimento do magistrado.

Nas concepções contemporâneas, o papel do juiz é o de tutelar os direitos protegidos pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, de modo que o Estado deve não apenas garantir o direito fundamental à tutela jurisdicional, mas, igualmente, proferir uma decisão de mérito, mesmo porque não se pode exigir da lei a capacidade de prever a totalidade das situações de fato levadas ao Judiciário.

Avança-se, ainda, para uma ideia de que o juiz deve preservar e fazer valer a vontade da Constituição, garantindo a igualdade e a proteção dos direitos fundamentais. Segundo Luiz Guilherme Marinoni:

se a lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, a tarefa da doutrina deixa de ser a de descrever a lei. Cabe agora ao jurista, seja qual for a área de sua especialidade, em primeiro lugar, compreender a lei à luz dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais (MARINONI, 2015, p. 26).

Além disso, no que se refere ainda ao sistema de precedentes, a preocupação com a coerência e a uniformidade dos pronunciamentos judiciais é constante. Para a consagração de alguns princípios processuais constitucionais como o da segurança jurídica, é necessário que, para além de decisões uniformes, elas sejam coerentes, estáveis e íntegras (Art. 926, CPC/2015), pois a mera uniformização não garante a segurança jurídica (FREIRE, 2017).

Com relação à integridade das decisões, ela comporta como uma das características mais importantes dos precedentes judiciais, pois ter uma decisão íntegra exige que os juízes ao aplicarem as leis e decidirem os casos, façam-no de maneira coerente com os princípios jurídicos (DWORKIN, 2002).

Nesse esteio, a inconsistência das decisões compromete a estabilidade jurídica, pelo que a sua aceitação parte, também, de uma ideia de adesão. Desse modo, elas seriam reflexo de experiências pessoais dos magistrados e, nessa condição, não contribuiriam para a pacificação social, lançando os protagonistas da relação processual ao acaso (ALMEIDA; BRAGA, 2019).

No estado Democrático, ao lado do ideal de justiça, deve-se prestigiar também a segurança, e ambas somente poderão ser alcançadas com uma interpretação coerente.

Caso não haja uma decisão coerente, pode-se naturalmente alterar o entendimento a fim de que tenha compatibilidade com os princípios jurídicos. A integridade das decisões não fica presa a decisões anteriores que tiveram entendimentos diversos do que foi analisado. Portanto, a integridade é mais transigente com o passado e mais inflexível com os princípios (FREIRE, 2017).

Destarte, a análise de compatibilidade de decisões com efeitos vinculantes em conflito com princípios jurídicos é extremamente sensível e deve se atentar aos fatos e atores sociais envolvidos, ao momento histórico, bem como a fatores econômicos da decisão, e ser cuidadosamente justificada ao ser proferida sob pena de serem proferidas decisões em desacordo com os preceitos constitucionais.

Duxbury (2008) aponta críticas referente a adoção desse sistema, como nos casos que envolvem grandes questões principiológicas, princípios jurídicos, uma vez que estas categorias necessitam de uma avaliação individual dos casos que estão sendo aplicados: *“quanto mais nós confiamos em precedentes, menos frequentemente nós levaremos os princípios a sério”*

Nesse esteio, Bahia (2012, p. 359) preleciona com relação a utilização “incorreta” da teoria dos Precedentes no ordenamento jurídico brasileiro:

O equívoco não se resume ao uso dos julgados como se leis fossem, com a utilização de uma “metodologia” tradicional que os presume como enunciados normativos abstratos, mas na sua construção desde o início como esgotamentos interpretativos quando produzidos por técnicas de causa-piloto que induzem o erro de que, uma vez sendo proferida a decisão por estes órgãos de cúpula do Judiciário pátrio, teríamos chegado a um padrão decisório preciso, abrangente e que poderia ser aplicado mecanicamente mediante uma simples subsunção”.

No mesmo diapasão, Ramires (2010, p. 140) destaca sobre o abstracionismo conceitual do direito brasileiro:

O problema do abstracionismo conceitual do direito brasileiro (...) é justamente a tentativa de extrair e conservar essências das decisões pretéritas. Toma-se um acórdão qualquer e busca-se espremê-lo até produzir um enunciado representativo do que foi essencial no julgamento, formulado no menor número possível de palavras. Assim como se extrai uma essência aromática através da destilação das flores, e depois se guarda num frasco para usos futuros, a conceitualização dos julgados despe os casos de tudo o que julgar ser acidental, para ter em mãos apenas as suas “propriedades imutáveis”. Quer se saber, por baixo daquela decisão pouco relevante em sua própria contingência, qual foi o critério permanente que a informou, porque ele seria a chave para orientar todo um conjunto de decisões futuras. Em suma, uma identificação exata do holding ou da ratio decidendi de um caso, ao gosto do tecnicismo. Ao invés de se construir uma dialética entre os casos passados e os casos futuros, tenta-se montar um monólogo, e acaba se criando um coro de muitas vozes dissonantes.

No caso da fixação da tese de repercussão geral 150, observa-se que muitos critérios de análise que não foram levados em conta para ampla discussão do tema. Embora a participação do *amicus curiae* e do Ministério Público tenham suscitado diversas situações positivas ou negativas com o uso ou desuso dos maus antecedentes, nota-se que nem todos os argumentos foram enfrentados por todos os ministros julgadores.

Importante destacar que, o ponto sensível da tese ora fixada era a questão da temporariedade do uso dos maus antecedentes, no entanto, nem todos os julgadores se posicionaram a respeito dos limites, não restando clareza na decisão por parte de alguns votos proferidos.

Além disso, em alguns votos não se vislumbrou a questão dos atores sociais envolvidos, sobretudo, a população de baixa renda, e sem acesso a políticas públicas que afastam o acesso a criminalidade, não foi vista nos votos também, as questões sociais tais como a ressocialização e não punitivismo estatal para fins de combate à criminalidade.

Com relação ao TJ/MA a situação ainda é mais alarmante, pois a decisão com base no tema 150, como bem alertou Bahia (2012) chegou: “a um padrão decisório preciso, abrangente e que pode ser aplicado mecanicamente mediante uma simples subsunção”.

Desse modo, o que se pode deduzir é que tal decisão vinculante não prestigia de maneira panorâmica a situação e os impactos que ela vai produzir a todo um grupo que pertence ao *lead case*, e nesse caso, estamos falando de ex-apenados retornando ao sistema de punitivismo estatal com um registro antecedente que será utilizado para agravar sua pena sem qualquer limitação temporal para seu uso.

Não há uma visão abrangente sobre o que se pode esperar daquela decisão, em que pese seja considerada perfeitamente compatível com a constituição.

Com relação ao princípio individualizador da pena, em que ficou sedimentando pela fixação da tese que caberá ao magistrado a análise da utilização ou não dos maus antecedentes, nota-se que não se coadunou o princípio com a decisão proferida no acórdão, vez que a utilização automática do registro antecedente no agravamento da pena não individualizou a pena, não levando em consideração outros requisitos tais como idade, escolaridade, lapso temporal entre uma condenação e outra, mas tão somente aquele registro antecedente utilizado para agravar, em outras palavras, a discricionariedade dada ao juiz na tese fixada passa a ser regra e não há dúvidas sobre o seu uso caso exista o mau antecedente.

Nessa toada, o que se pode concluir não é que a utilização de decisões vinculantes prejudique a aplicação e concretização de princípios jurídicos constitucionais, mas a forma como se tem utilizado o sistema de precedentes.

A estabilização da segurança jurídica e da uniformidade na interpretação dos precedentes são fundamentais para que o direito brasileiro se desenvolva de forma eficaz e justa. Esses aspectos são cruciais para o bem-estar dos jurisdicionados, garantindo que suas disputas sejam tratadas de forma previsível e uniforme. Por fim, é necessário que os operadores do direito estejam atentos à questão dos precedentes e à estabilidade na interpretação da legislação,

para que os direitos de todos os jurisdicionados sejam protegidos. O reconhecimento da repercussão geral em recurso extraordinário submetido ao Supremo Tribunal Federal permite a formação do precedente de modo dialogado com a sociedade. Nesse procedimento, o STF primeiro apresenta o que será decidido, para, em momento posterior, com a participação do Ministério Público e de terceiros (*amici curiae*), julgar a questão, que deverá ser observada por todos os tribunais e juízes do País.

Precisa-se melhorar os debates, ampliar as discussões, discutir pormenorizadamente os argumentos suscitados pelas partes envolvidas, afastar-se de juízos morais e primar pela tecnicidade, sem, contudo, deixar de olhar, pelas questões multiculturais que envolvem o ordenamento jurídico brasileiro, para se ter uma decisão coerente, íntegra, estável, e sobretudo, legítima.

5.4 Breves digressões acerca do instituto da ressocialização e do direito ao esquecimento - o que a ressocialização tem a ver com o direito ao esquecimento na esfera penal?

O Estado deve garantir a ordem jurídica justa e zelar pela proteção e efetividade dos direitos humanos fundamentais e dignidade da pessoa humana consagrados na Constituição Federal. Contudo, as crises identificadas em nosso sistema penitenciário evidenciam que falha o Estado em cumprir com as exigências estabelecidas pela Lei de Execução Penal e até mesmo os preceitos constitucionais proporcionando ao condenado o cumprimento da pena privativa de liberdade em condições humanas e dignas (LEHFELD; NUNES; TOMÉ, 2019).

Em face do movimento de recrudescimento das penas e da execução penal que vem crescendo no ordenamento jurídico brasileiro, com a atuação mais severa do punitivismo estatal, nota-se que a ressocialização tem perdido espaço para o incremento das penas, partindo do pressuposto que a aplicação mais rigorosa do direito penal propiciará um combate mais efetivo à criminalidade.

Ocorre que, em razão do desvirtuamento dos objetivos da execução penal, especialmente, a ressocialização, os apenados têm sofrido os impactos, destacando-se a sua construção identitária.

Baratta (1997) “utiliza a concepção ‘reintegração social’, já que esta condiz com um processo de comunicação e interação entre o cárcere e a sociedade, devendo, portanto, existir uma profunda transformação nesta, pois é o lugar decisivo para se buscar a solução do problema carcerário.

Ao invés de gerar a reinserção do apenado à sociedade, a execução penal e o processo de encarceramento têm produzido sistematicamente o oposto, “redundando numa total e absoluta dessocialização” (FRANCO, 2010). Entretanto, o que observamos na mídia, em jurisprudência e até mesmo na lei consiste na defesa desse discurso ficcional e contraditório em termos da ressocialização por meio da pena privativa de liberdade.

Na mesma toada, afirma Valois (2020) que a ressocialização, “a despeito da grande mentira que a própria palavra transmite por si só, é usada constantemente nos meios científico e social, servindo tanto para fundamentar a prática judiciária quanto para vender à população a ideia de que a prisão tem alguma utilidade”.

O fundamento de validade do próprio direito penal é a defesa dos bens jurídicos relevantes, visando com que, através do devido processo legal e respeito aos demais princípios constitucionais, como ampla defesa, contraditório, presunção da inocência, aquele que cometeu determinada conduta prevista em lei como criminosa seja punido, com a finalidade de restabelecer a paz social. Contudo, o Estado ao negar efetividade às normas que asseguram os direitos fundamentais dos reclusos, quebra a expectativa da sociedade em restabelecer a paz

Evidencia-se a distinção daqueles que fenotipicamente são considerados como sujeitos legítimos de reivindicar direitos e aqueles indivíduos que não são vistos socialmente como se humanos fossem (CÂNDIDO; SULOCKI, 2022).

A segregação social provocada pelo encarceramento gera no indivíduo um processo de perda de identidade social, vez que afasta-se das relações sociais de um ambiente livre e submete-se a um novo estilo de vida: mais fechado, limitado e sem interações com o ambiente externo.

Barreto (2006) denomina este movimento como “prisionalização” ou “institucionalização”, caracterizando-o pela internalização de uma série de regras e códigos de conduta que apenas tem valia no ambiente institucional. Enquanto na vida liberta o sujeito representa uma multiplicidade de papéis sociais, nas instituições totais passa a exercer, integralmente, um papel singular, o de encarcerado.

Soma-se a este processo um movimento de despersonalização e desvalorização da individualidade, onde todos os encarcerados são tratados como se fossem iguais, ou seja, como uma massa indistinta de sujeitos. Exemplo maior deste fenômeno consiste no fato de que o apenado passa a usar “roupas uniformizadas, assim como os cortes de cabelo e medidas de tratamento padronizadas, sendo reflexos da perda da individualidade” (BARRETO, 2006).

Goffman (1987) destaca que este tipo de abordagem acaba por perpetrar um processo de “mortificação do eu”, cuja característica principal seria a ruptura com todos os vínculos sociais

em prol da entrada no ambiente institucional. Sua profissão, suas habilidades e os seus hábitos não encontram mais espaço no mundo da instituição (MACEDO, 2004).

A vivência deste movimento gera consequências adversas ao futuro processo de reinserção social do apenado, uma vez que trabalha-se a sua identidade sem considerar a devida aproximação com a multiplicidade de papéis a serem exercidos no ambiente, o preso passa a ser alguém sem face, identidade e projetos, sendo concebido como um sujeito a ser controlado e submetido a uma ordem estabelecida (GAMBA; VELOSO, 2020).

A criminalização destes grupos vem acompanhada por um movimento de estigmatização, que acaba por considerá-los grupos propensos ao crime e que, por isso, são vistos como indivíduos irrecuperáveis. Em resumo, pode-se concluir que o panorama do atual do sistema punitivista estatal oferece obstáculos ao processo de construção da identidade do encarcerado pautado no paradigma da autonomia e não se coaduna com os preceitos constitucionais e as diretrizes do sistema de execução penal definido pelo legislador.

O atual modelo punitivista não estimula o apenado na busca pela sua reinserção social através do desenvolvimento de sua autonomia, pelo contrário, visualiza-se um processo de progressiva perda do caráter humanizado das penas. Em outras palavras, a humanização ocorrida após o período de guerras é substituída por um discurso de maximização do direito penal onde é propagada a ideia de que todos os problemas sociais podem ser resolvidos através da expansão e do endurecimento das políticas criminais (GAMBA; VELOSO, 2020).

Conquanto, o atual modelo social exige um indivíduo ativo, reconstrutor de sua própria identidade, sendo capaz de assumir novos papéis sociais.

Ocorre que, os entraves para essa assunção de novos papéis encontra-se fortemente presente no judiciário. Em uma luta simbólica conceituada por Bourdieu (1989) há nessa relação entre estado e sujeito, as posições de dominante e dominado, estando o magistrado em condição de legitimar os atos praticados pelo judiciário e, portanto, validá-los. Assim, os dominados, aceitam automaticamente a condição de que lhes foram dados, internalizando os estigmas a que foram submetidos, produzindo uma dada verdade pelo poder que a exige e que precisa dela para funcionar (JESUS, ALVES, 2022).

Assim, o juiz está em uma posição privilegiada de legitimação e de autoridade através de suas competências específicas para dizer o direito, representando importância dentro dos espaços públicos tendo impacto político na sociedade em geral em suas falas (JESUS; ALVES, 2022).

Além disso, em razão do sistema inquisitorial que ainda vige no processo penal brasileiro, ainda presente na fase de inquérito, acaba influenciando as demais fases do processo,

, mantendo viva a estrutura de poder de criminalização concentrada na autoridade policial e após ao magistrado, favorecendo a estigmatização do indivíduo desde o início do processo. (CARVALHO, 2010).

Os atos processuais penais, em especial, a sentença criminal representam a manifestação de atos de império, resumindo-se à imposição, através da força legítima, da verdade revelada pelo Estado-Juiz: “o juiz, não mais o Estado, é visto como um ser superior, capaz de formular um julgamento racional, imparcial e neutro, que descubra não só a ‘verdade real’ dos fatos, mas as verdadeiras intenções dos agentes” (CARVALHO, 2010).

Desse modo, esse resgate identitário que se propõe aos apenados perpassa pela maneira em que o judiciário o representa dentro da esfera pública. Essa maneira em que são representados interfere diretamente na maneira em que são identificados dentro do corpo social, é a sua representação, portanto, seu status, no qual decorrem o gozo dos seus direitos.

Portanto, o sujeito representado a partir da linguagem jurídica que lhe foi dada recebe sua legitimação oficial do estado. A essa representação deve ser dada em caráter de igualdade perante os demais cidadãos, apenados e não apenados, reconhecidos em suas desigualdades, porém conhecido como um sujeito cidadão, participante da sociedade que o acolhe (JESUS, ALVES, 2022).

Ao situar tal raciocínio na seara da execução penal percebe-se que o respeito a tal princípio apresenta-se como baliza fundamental de um sistema penal que busca propiciar a reinserção social do condenado. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984).

A investigação da legitimidade da aplicação da pena sob a perspectiva garantista retira do Estado Democrático de Direito o poder de punir de forma desmedida, exercido como uma forma cruel de vingança pública, bem como não legitima a aplicação da pena com a finalidade de transformar a personalidade do indivíduo, tolhendo sua liberdade de consciência e vontade para autodeterminar-se (CASARI; GIACOIA, 2016).

Um sistema de execução penal efetivamente garantista deverá determinar-se pela redução dos danos causados pela aplicação da pena privativa de liberdade, visando preservar os demais direitos fundamentais e especialmente a dignidade daquele que cometeu uma conduta criminosa.

Todas as pessoas, independente de terem incorrido em sanção penal, preservam e devem ter asseguradas condições de dignidade. O garantismo penal é, pois, um instrumento de salvaguarda de todos, desviantes ou não, visto que, em sendo estereótipo de racionalidade, tem como escopo minimizar a(s) violênci(a)s(públicas e/ou privadas) (FERRAJOLI, 1989, p. 94).

Desta forma, qualquer modelo de execução penal comprometido com a reinserção social deve primar por um processo de resgate da autonomia do apenado, apresentando possibilidades para que desenvolva sua vida pós-cárcere através da assunção de novos papéis sociais, evitando a fixação de sua identidade.

Para validade das normas penais, segundo a concepção garantista desenvolvida por Ferrajoli (1989), não basta simplesmente estar em vigor, ou seja, satisfazer a validade formal, mas sim deverá ser substancialmente válida, ou seja, respeitar aos fundamentos constitucionais, especialmente efetivando os direitos fundamentais.

Neste modelo, o princípio da dignidade da pessoa humana se concretiza com a busca por essa autonomia e resgate de identidade social.

A violação aos direitos fundamentais dos reclusos desrespeita o pacto social, fazendo com que a pena cause danos ilegítimos, haja vista que não há respeito por parte do Estado, das próprias leis em vigor, destinadas à proteção dos direitos individuais dos presos, que privados da dignidade, retornam ao convívio social, após o cumprimento da pena, com mais estigma e revolta, devolvendo à sociedade a violência sofrida durante o período vivenciado no cárcere.

Em um contexto de um Estado Democrático de Direito, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana traz ao ente estatal a obrigação de fornecer aos cidadãos o substrato básico de direitos, que devem ser universalmente garantidos, para que o ser humano tenha a possibilidade de exercer, amplamente, suas possibilidades existenciais, ou seja, para que possa construir sua identidade através do paradigma da autonomia (CASARI; GIACOIA, 2016).

Nesse esteio, o resgate dessa autonomia identitária perpassa pelo direito ao esquecimento da pena cumprida e fortalece o direito ao recomeço.

Pinheiro (2016, p. 173) conceitua o Direito ao Esquecimento como:

[...] o direito que qualquer ser humano possui de ter qualquer fato vexaminoso ligado a sua vida que afete diretamente sua reputação ser esquecido depois de um determinado lapso de tempo pela população através da não veiculação das informações sobre o fato pelas mídias.” Representa, portanto, o reconhecimento jurídico à proteção da vida passada, através da proibição de se ter revelado (eternamente) o nome, a imagem e outras informações relativas à personalidade”.

Assim, reputa-se a ideia de que o Direito ao Esquecimento está diretamente ligada à ressocialização dos condenados criminais, vez que não pode o Estado ter acesso ilimitadamente a dados sensíveis dos cidadãos de modo a prejudicar sua vida privada.

Abílio (2018, p.77) afirma que:

[...] o direito ao esquecimento dá garantia de que os fatos desabonadores de uma biografia não devem ser perenizados, sob pena de eternizar-se o escárnio na memória coletiva e, com isso, inibir o progresso da pessoa a quem se atribui a desonra. Cuida-se, pois, do direito de não se penitenciar pelos erros mais remotos da vida. Em suma, de ver esquecidos os equívocos, infelicidades, tragédias, humilhações, crimes, escândalos, vexames, constrangimentos ou simplesmente escolhas que, dadas as circunstâncias atuais, não mais seriam realizadas.

O direito ao esquecimento, também conhecido como direito de ser esquecido, foi popularizado pela primeira vez a partir de um artigo² de Louis Brandeis e Samuel Warren escrito para a *Harvard Law Review* em 1890. Desde então, o direito ao esquecimento tem sido reconhecido globalmente como direito fundamental e foi contemplado em instrumentos internacionais, como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e o Tratado de Lisboa.

Este direito é especialmente importante para garantir o processo de reabilitação de um indivíduo condenado por cometer um delito. Ele afirma que uma pessoa é socialmente reinstaurada apenas se for esquecida pelas ações anteriores. Isso significa que, após a cumprir a pena, a história criminal de um indivíduo não deve mais ser exposta e, portanto, deve ser apagada de forma adequada.

No entanto, quando se trata de condenações por crimes penais, a reinstituição social da pessoa possui vários desafios, e o direito ao esquecimento não é exceção. Este artigo procura identificar e discutir os principais problemas enfrentados pelo direito ao esquecimento no direito penal. Mais especificamente, a discussão pretende estabelecer como o direito ao esquecimento contribui para o processo de ressocialização e a recuperação dos direitos dos cidadãos que foram condenados por crimes.

O direito ao esquecimento ergueu-se diante de uma perspectiva voltada à integridade moral dos indivíduos e, principalmente, à preservação da vida privada. Tal direito está fundamentado no princípio da dignidade humana. Possui como finalidade a proteção de direitos personalíssimos, restringindo as ações externas, evitando e até mesmo remediando lesões aos direitos da personalidade (CHUEIRI; FECCHIO; BOTTER, 2022).

O direito ao esquecimento tem sido descrito como um direito de privacidade latente que se conecta ao princípio do tratamento igualitário dos condenados. É um elemento importante para garantir que aqueles que cumpriram suas sentenças de prisão sejam tratados de maneira justa no que diz respeito ao direito à reputação e à não discriminação.

² Artigo publicado por WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The Right to Privacy*. *Harvard Law Review*, Vol. 4, nº 5. (Dec. 15, 1890), pp. 193-220. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1321160?seq=1#metadata_info_tab_contents. Acesso em 22 ago. 2022.

Desse modo, o direito ao esquecimento no direito penal pode ser descrito como um conjunto de regulamentos, princípios e regras que garantem a proteção à honra e à integridade de uma pessoa nas atividades de aplicação da lei, inclusive nas considerações de direitos e deveres para aqueles que foram previamente condenados por crimes penais.

O direito ao esquecimento também protege direitos adicionais, como: a proteção da privacidade pessoal, a não divulgação não autorizada de informações pessoais, a impossibilidade de restrição de acesso a certos empregos ou à progressão no emprego em virtude da condenação anterior, enfim, a prevenção da distinção indevida por causa do passado criminal.

Especificamente, ele protege os direitos dos cidadãos condenados para evitar que eles sejam criminosamente silenciados ao longo de toda a sua vida, evitando assim que eles estejam sujeitos às limitações e restrições na sua participação na sociedade.

O direito ao esquecimento foi reconhecido para garantir que a exposição desnecessária à história criminal de um indivíduo não seja um impedimento para sua ressocialização. Por esse motivo, o direito ao esquecimento é tão importante que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos estabeleceu o direito ao esquecimento como direito fundamental³.

O direito ao esquecimento é uma ferramenta importante para garantir o princípio da reabilitação social. Essa proteção foi estabelecida como direito fundamental para proteger os direitos fundamentais dos cidadãos previamente condenados. O direito ao esquecimento ajuda a garantir que a exposição desnecessária e exagerada à história criminal de uma pessoa não seja um fator de frustração na reabilitação dela. Como tal, é fundamental que os Estados batam no direito de ser esquecido para garantir a sua eficácia no processo de ressocialização

Importa esclarecer que, o Direito ao Esquecimento não está previsto expressamente na Constituição de 1988, não sendo, portanto, um direito fundamental em sentido formal, porém, encontra respaldo nas matérias referentes à tutela da privacidade e intimidade, cujo arcabouço é extraído dos artigos 5º, X, XI e XX da Carta Magna e dos artigos 20 e 21 do Código Civil. Portanto, diante da nova realidade informacional, seu debate é de todo necessário.

Com a velocidade, acesso rápido e fácil de informações trazidas pela era da internet, o manuseio com os dados privativos do indivíduo pela esfera pública fomentou diversas discussões no ordenamento jurídico, no sentido de limitar o uso desmedido e desenfreado das informações.

³ Em 2014, o Tribunal Europeu de Justiça estabeleceu o direito ao esquecimento como um direito fundamental à privacidade, exigindo que os mecanismos de busca removam resultados quando aqueles resultados contêm informações excessivas, desatualizadas ou desnecessárias sobre uma pessoa.

Ainda, o Marco Civil da Internet (Lei nº 13.709 de 2014) inovou, ao trazer em seu artigo 7º, X, a disciplina sobre o tema de maneira breve, e ainda com algumas lacunas, o referido dispositivo dispôs que se trata de um direito do usuário, *in verbis*: a “*exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei.*”.

Atentos à relevância do direito em questão e à necessidade de debater sua conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, o Centro de Estudos do Judiciário do Conselho da Justiça Federal, durante a VI jornada de Direito Civil, aprovou o Enunciado 531 que diz: “*A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento*”.

Além disso, o artigo 93 do Código Penal prevê o instituto da reabilitação, que “*alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação*”. Na mesma linha, o artigo 748 do Código de Processo Penal situa que, concedida a reabilitação, “*a condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal*”.

Desse modo, percebe-se que o legislador preocupou-se em salvaguardar os dados criminais condenatórios dos apenados, a fim de que fosse assegurado o sigilo das informações sobre as condenações anteriores.

Isso permite deduzir que, embora não haja uma legislação específica sobre o tema, não se pode dizer que o legislador não tenha se preocupado com a utilização de dados sigilosos que possam comprometer a vida privada do cidadão.

Em outro giro, embora nos argumentos utilizados pelo MPF no julgamento do Recurso Extraordinário a respeito dos maus antecedentes, em que o direito a limitação do seu uso simboliza o desrespeito às vítimas que tiveram seus bens jurídicos violados poderia traduzir-se num posicionamento de indiferença não apenas à lei e ao legislador, mas ao Direito conglobadamente considerado. Neste ponto, é importante esclarecer que, não se quer menosprezar a violação dos bens tutelados pelos agentes que praticaram atos ilícitos mas se quer limitar os efeitos causados a quem já cumpriu com a reprimenda estatal e, nesse sentido, o direito ao esquecimento assiste ao apenado, assim como toda a legislação que trata sobre o tema.

Nesse esteio, vislumbra-se os impactos que a tese de repercussão geral fixada sobre a ilimitação temporal no que diz respeito à ressocialização e o direito de recomeço do indivíduo.

A esta discussão não se pauta sobre a diminuição o arrefecimento da reprimenda estatal, mas buscou-se analisar se tal decisão vai atender aos preceitos constitucionais humanizadores da pena, das legislações infraconstitucionais de execução penal e se, com a tese ora analisada vai chegar ao que de fato todos os cidadãos desejam: a diminuição da criminalidade e a sensação de segurança coletiva.

Em um país multicultural, as soluções para problemas não são fáceis de serem encontrados mas o recrudescimento das penas, já ficou constatado que não é o melhor caminho para o combate a criminalidade.

Nas razões do voto sobre a tese de repercussão geral, o Ministro Dias Tofolli fala que o combate à criminalidade está no manejo de políticas públicas, ou seja, na prevenção e não no aumento do punitivismo estatal como ficou refletido com os votos da maioria dos ministros, devendo ser um entendimento universal e uníssono.

Tratando-se de pós-cárcere, a CF/88 assegura o resgate à identidade social, a inserção do indivíduo para que ele possa ter acesso a todos os bens e serviços públicos disponíveis, encontrando sua vocação enquanto cidadão e nos demais espaços que ele deseje ocupar dentro da sociedade, concretizando o princípio da dignidade da pessoa humana.

6 CONCLUSÃO

Os critérios para aplicação de penas no Brasil ainda não têm um padrão devidamente estabelecido, o que tem causado grandes mudanças na forma como são impostas as penas. Neste trabalho, observou-se os principais critérios usados pelo sistema penal brasileiro para determinar as penas a serem impostas nos casos de sentença criminal, bem como o reflexo da tese de Repercussão Geral 150 nos tribunais locais do país. Além disso, descreveu de que modo esses critérios impactam a justiça penal brasileira no que se refere à aplicação e cumprimento das sentenças.

No que se refere à pena, os posicionamentos dos legisladores podem variar bastante, vez que o caráter punitivo da norma penal esbarra na intenção que cada um deseja sobre a norma: ora vê-se um caráter mais retributivo, ora vê encontra-se um caráter mais ressocializador. Essas oscilações buscam seus limites na Constituição através dos princípios constitucionais que, cada um, a seu papel, oferecem as formas corretas de interpretar o que o legislador originário definiu. Através disso, pode-se chegar a boa e correta aplicação do direito penal.

Roxin oferece uma abordagem inovadora ao estudo das finalidades político-criminais. A análise de Roxin nos conta um relato sobre as finalidades político-criminais que passam pela ação dos agentes através das ações e do processo de conscientização coletiva. Essa finalidade, segundo Roxin, é um meio de garantir que as práticas criminais não conscientes acabem com as sociedades que avaliam e os direitos individuais. Assim, as estratégias de finalidades político-criminais devem ser preservadas caso se queira manter uma sociedade segura e saudável.

Argumenta ainda o autor que, a criminologia tem um papel fundamental na investigação das práticas político-criminais. Segundo ele, é importante estudar a interação entre a atitude criminal dos indivíduos e o contexto em que essas ações ocorrem. Essas interações são altamente relevantes para entender os motivos por trás dos comportamentos que estão sendo realizados. Além disso, é necessário entender a importância dos mecanismos de contenção social no controle do crime. Por essa razão, Roxin defende a perspectiva de que as realidades criminais devem ser entendidas de modo a incorporar princípios relacionados com a justiça.

Roxin propõe que a finalidade político-criminal seja responsável pela prevenção eficaz do crime. Essa prevenção ocorre com o estabelecimento de um sistema de contenção das manifestações criminosas. A ideia é que os procedimentos adotados levarão a um confinamento dos atos criminosos e ao estabelecimento de punições justas e adequadas. Essa punição passa pela análise da realidade das vítimas, da relação entre as estruturas sociais coletivas e as práticas

criminais.

Essa perspectiva de Roxin nos ajuda a entender como as estruturas político-criminais devem estar descritas sob o contexto da soberania da lei e da justiça. A aplicação de medidas éticas e éticas para a prevenção dos crimes envolve a prevenção e a punição.

O Codex Penal Brasileiro nunca definiu critérios ideais para a fixação de penas: tudo depende do julgador, já que nem existem parâmetros uniformes para sua determinação. Porém, com base nas decisões judiciais e nos diversos sistemas penais aplicados pelos diferentes estados brasileiros, podem ser observados alguns dos principais critérios a serem considerados.

Em resumo, há vários critérios que influenciam diretamente na aplicação de penas nas sentenças penais brasileiras, mas nenhum deles é totalmente determinante. O juiz, em conjunto com o sistema penal brasileiro, leva em consideração o nível de consciência do autor, as características do crime, as circunstâncias mitigadoras e os direitos de defesa antes de aplicar a pena de sentença. Consequentemente, é importante garantir que esses critérios sejam aplicados de maneira justa e objetiva, pois é assim que é possível garantir um sistema de justiça criminal eficaz e justo.

O presente trabalho permitiu uma análise mais panorâmica e horizontal sobre os aspectos legais e jurisprudenciais no processo de aplicação da pena. Inicialmente, a ideia que se tinha era que o legislador brasileiro ao incluir o artigo 42 do Código Penal de 1940 queria modernizar o sistema penal brasileiro. Influenciado pelas ideias positivistas italianas e de defesa social, que proporcionava ao acusado a individualização de sua pena, através da subjetivação dela, ou seja, para individualizar era preciso analisar os aspectos pessoais do indivíduo para que pudesse aplicar uma pena mais justa e coerente entre o fato e o delinquente.

No entanto, com o passar dos anos e com o aparecimento das teorias mais modernas e de caráter não retribucionista, verificou-se que essa subjetivação era prejudicial ao indivíduo, uma vez que ao analisar as suas condições pessoais, a pena ao ser aplicada era em razão da pessoa e não do fato em si.

Concluiu-se que, a falta de rigor na análise subjetiva da pena influenciou negativamente a vida do apenado, que não só em razão de ter praticado o fato ilícito, mas de também ser julgado por quem é.

Assim, levou-se a um direito penal conservador e em dissonância com as garantias individuais do indivíduo, sobretudo o da dignidade da pessoa humana, em que tem o direito de cumprir sua pena com dignidade, assegurando-lhe todas as garantias que lhe são reservadas igualmente como os outros cidadãos

Passados mais trinta anos de promulgação da Constituição Federal de 1988, é certo que a evolução na aplicação penal brasileira buscou conjugar medidas judiciais com a observância de princípios constitucionais, no intuito de evitar defeitos no acesso a justiça brasileira e promover a proteção dos direitos fundamentais declarados na Carta Magna.

A imagem do homem não pôde ser analisada isoladamente ou ignorando o seu retrospecto histórico, suas raízes, mas, compreendido como pessoa, de valor próprio indisponível, destinado ao livre desenvolvimento, membro de comunidades, de matrimônio e família, pertencente a grupos sociais e políticos, além de pertencer ao próprio Estado, situado nas mais diversas relações sociais humanas.

Desta forma, a prevenção realizada pelo Direito Penal é limitada, e permite combinar a necessidade de proteger a sociedade com as garantias aos seres humanos oferecidas pelos princípios limitadores (matriz constitucional penal proibitiva).

O Direito Penal deve estudar o criminoso em espírito e matéria, como pessoa humana, em face do princípio ético a que está sujeito e das regras jurídicas que imperam na vida social, e também ante as leis do mundo natural que lhe afetam a parte contingente e material.

Nesse contexto, a pena se apresenta como elemento integrador para concretizar os fins do Direito Penal.

Assim, com o desenvolvimento da Teoria do Direito Penal do Fato houve reformulações no entendimento sobre o tema, com o fim de se desvencilhar do Direito Penal do Autor e, assim, produzir sentenças com critérios mais objetivos na primeira fase da dosimetria da pena.

Os reacionários às teorias subjetivistas, desenvolveram reflexões acerca do Direito Penal do Fato, demonstrando, sob outro ângulo a sua utilização e analisando, sobretudo, os efeitos que as condições pessoais do réu têm na avaliação do magistrado, além da forma utilizada nos códigos penais, apresentando uma nova alternativa entre o Direito Penal Objetivo Puro e Direito Penal Subjetivo Puro.

Em detrimento disso, apresenta-se a Teoria do Direito Penal do Fato, construída para analisar objetivamente o fato ilícito, na tentativa de se distanciar de julgamentos morais proferidos nas sentenças criminais.

Por outro lado, observou que, em movimento contrário do mundo, o Brasil não tem conseguido uniformizar os mecanismos para fixação da pena, permanece trazendo à dosimetria da pena características subjetivas do acusado, e, como consequência são prolatadas sentenças penais das mais variadas possíveis, refletindo negativamente também no princípio da segurança jurídica das decisões, quando na verdade, o movimento deveria ser o inverso: buscar reforço em requisitos objetivos para aplicação da pena consagrando o princípio da legalidade aliada à

segurança jurídica.

Em outro giro, é preciso dizer que essa individualização, na prática, deve respeitar alguns critérios que a jurisprudência buscou para clarear a aplicação das circunstâncias subjetivas na imensidão de sentenças criminais que desafiam os magistrados a uma resposta estatal mais assertiva possível e que ela em si, não prejudica o apenado, mas o percebeu-se que a forma em que ela é aplicada prejudica a análise individual.

Embora tenha se percebido o esforço do judiciário para construir o liame objetivo entre o autor do fato e as circunstâncias do crime, com o intuito de aplicar uma pena condizente às políticas criminais, bem como possuir o caráter retributivo do efeito causado pela infração penal e punitivo, sem esquecer do efeito penal ao indivíduo, a ausência de critérios mínimos permitiu ao julgador o descontrole deste momento crucial das circunstâncias na dosimetria da pena – a incidência do sistema punitivo na sociedade, produzindo as inúmeras lesões nos direitos individuais.

Os juízes demonstraram maior tendência a serem mais “rigorosos” na defesa de estratégias de política criminal baseadas na penalização/criminalização de condutas, quando concordam, no todo ou em parte, que a legislação penal é excessivamente branda, dificultando a contenção da criminalidade.

Assim, embora haja o esforço jurisprudencial para preencher essas lacunas, esse esforço tem levado a um recrudescimento da pena.

Vemos o atual quadro penal imerso em um sistema ilógico de aplicação e fixação de pena que se traduz em uma grande variedade de sentenças penais em casos idênticos ou semelhantes.

O empoderamento do poder judiciário como normatizador de situações concretas não previstas pela lei, construiu paradigmas de conduta que, em tese, deveriam otimizar a justiça, proteger a constituição e aplicar os princípios constitucionais, porém nem sempre acontece dessa forma.

A autonomia dos precedentes garantida constitucionalmente legitimou os atos processuais praticados, porém a Carta Magna também delimitou os seus próprios limites de atuação, que muitas vezes, em razão das lacunas deixadas pelo legislador, subsidiaram decisões injustas ou incoerentes.

Além disso, um outro problema encontrado foi a ausência de apreciação ampla e qualificada de todos os fundamentos e argumentos debatidos por parte dos ministros julgadores, carecendo de certa legitimidade as teses fixadas, pois em decisões vinculantes exige-se o esgotamento das questões suscitadas, explorando a dimensão colegiada.

Contudo, com o volume exacerbado de processos, o que tem se visto é a monocracia decisória e argumentos em acórdãos que melhor se adequam ao sentimento do magistrado.

O Supremo Tribunal Federal sendo o órgão competente para analisar em última instância diversas questões, cabendo-lhe o pronunciamento final de toda e qualquer questão, passou a adquirir grandes responsabilidades, levando facilmente a cometimento de excessos e erros, com decisões discricionárias e incoerentes.

Assim, grandes temas levados ao mecanismo dos precedentes têm se levado como última interpretação e levado aos tribunais como uso mecânico e autônomo, chegando-se a um padrão decisório.

No caso da fixação da tese de repercussão geral 150, observou-se que muitos critérios de análise não foram levados em conta para ampla discussão do tema, percebendo-se que não houve maiores debates.

Desse modo, o que se pôde concluir é que tal decisão vinculante não prestigiou de maneira panorâmica a situação e os impactos que produziu e ainda produzirá a todo um grupo que pertence ao *lead case*, e nesse caso, estamos falando de ex-apanados retornando ao sistema de punitivismo estatal com um registro antecedente que será utilizado para agravar sua pena sem qualquer limitação temporal para seu uso.

Observou-se que, não há uma visão abrangente sobre o que se pode esperar daquela decisão, em que pese seja considerada perfeitamente compatível com a constituição.

A execução penal moderna tem um objetivo multifacetado nos dias de hoje, o que o torna extremamente complexo. Além do objetivo de segurança pública, as políticas de execução penal também se concentram em cinco objetivos adicionais: reabilitação, educação, reintegração social, prevenção da criminalidade e redução dos reincidentes. Estes objetivos são necessários para garantir que os presos saiam preparados para lidar com as exigências da sociedade e contribuir para uma sociedade mais saudável.

Desta forma, qualquer modelo de execução penal comprometido com a reinserção social deve primar por um processo de resgate da autonomia do apenado, apresentando possibilidades para que desenvolva sua vida pós-cárcere através da assunção de novos papéis sociais, evitando a fixação de sua identidade, através da limitação dos efeitos causados a quem já cumpriu com a reprimenda estatal.

Nesse esteio, vislumbra-se os impactos que a tese de repercussão geral fixada sobre a ilimitação temporal no que diz respeito à ressocialização e o direito de recomeço do indivíduo.

A esta discussão não se pauta sobre o arrefecimento da reprimenda estatal, mas buscou-se analisar se tal decisão vai atender aos preceitos constitucionais humanizadores da pena, das

legislações infraconstitucionais de execução penal e se, com a tese ora analisada vai chegar ao que de fato todos os cidadãos desejam: a diminuição da criminalidade e a sensação de segurança coletiva.

A estabilização da segurança jurídica e da uniformidade na interpretação dos precedentes são fundamentais para que o direito brasileiro se desenvolva de forma eficaz e justa. Esses aspectos são cruciais para o bem-estar dos jurisdicionados, garantindo que suas disputas sejam tratadas de forma previsível e uniforme.

O grande desafio enfrentado pelos tribunais estaduais refere-se a essa uniformidade, ou seja, a dificuldade de garantir que as decisões judiciais dos tribunais estaduais sejam tomadas de modo consistente para garantir que não haja uma variação de acordo com o tribunal ou o estado em questão.

Apesar de serem vistas como uma evolução importante e benéfica na tomada de decisões judiciais nos tribunais estaduais, questiona-se as teses de repercussão geral são de fato uma melhoria no sistema.

Em que pese, seja evidente os benefícios potenciais das decisões judiciais de repercussão geral, muitos tribunais estaduais ainda enfrentam questões relacionadas a essas decisões, tais como a dificuldade de encontrar juízes qualificados para julgar casos que possam ser reconhecidos como de repercussão geral.

Para abordar estes problemas, os tribunais de justiça estaduais devem priorizar a capacitação dos seus servidores para que sejam qualificados para julgar casos de repercussão geral. Além disso, os tribunais estaduais devem implementar medidas para garantir que as decisões judiciais sejam tomadas de forma consistente, de modo a evitar variações de acordo com a jurisdição em questão.

Por fim, é necessário que os operadores do direito estejam atentos à questão dos precedentes e à estabilidade na interpretação da legislação, para que os direitos de todos os jurisdicionados sejam protegidos.

Por isso, precisa-se entender como isso pode ser feito através dos mecanismos das sociedades democráticas. A adoção de medidas de prevenção e de castigo devem refletir as aspirações coletivas para a liberdade e a segurança pública.

REFERÊNCIAS

- ABÍLIO, Adriana Galvão Moura. MENDONÇA, Christopher. O Brasil está preparado para o Direito ao Esquecimento? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 105, jan./fev., 2018, p. 77 -95.
- ACHUTTI, Daniel. **Modelos Contemporâneos de justiça criminal**: justiça terapêutica, instantânea, restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- ALMEIDA, Hugo Trapp Gonçalves de. Antecedentes criminais: uma sanção criminológica de caráter perpétuo. **Revista da ESMESC–Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis , v.16, n. 22, p. 311-343, jan./dez. 2009.
- ALMEIDA, Letícia Da Silva; BRAGA, Carlos Henrique Perpétuo. Um olhar sobre os precedentes no sistema jurídico brasileiro. **Teorias do direito e realismo jurídico**, v. 5, n. 2, 2019. DOI:10.26668/INDEXLAWJOURNALS/2525-9601/2019.V5I2.6037.
- ANCEL, Marc. **A nova defesa social**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**: esquematizado. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre permanência, mudança e realização nodireito tributário. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução a sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: oprincípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Tradução de Luis Antero Reto. São Paulo: Edições 70, 2016.
- BARRETO, Mariana Leonesy da Silveira. Depois das grades: um reflexo da cultura prisional em indivíduos libertos. **Psicologia, Ciência e Profissão**, Brasília – DF, v. 26, n. 4, 2006. p. 582-593.
- BECCARIA, Cesare Bonesana, Marches di, 1794. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2014 (Coleção a obra-prima de cada autor;48).
- BAHIA, Alexandre Melo Franco. As súmulas vinculantes e a nova escola daexegese. **Revista de Processo**, v. 206, p. 359-379, abr. 2012.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&is_repercussao_geral=true&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%20RE%20%20593818%20%20SC%20e%20tema%20150&sort=_score&sortBy=desc Acesso em: 03 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. **Pesquisa de Jurisprudência** (2ª Câmara Criminal). Apelação Criminal nº 013388/2020. Ementa. Penal. Processual Penal. Apelação criminal. Crime de furto qualificado pelo concurso de agentes. Pedido absolutório. Inviabilidade. Autoria delitiva devidamente comprovada. Pleito subsidiário de redução da pena privativa de liberdade. Parcial acolhimento. Efeito devolutivo do apelo. Amplo reexame da dosimetria. Culpabilidade. Pressuposto para aplicação da pena. Premeditação. Maior grau de reprovabilidade da conduta. Condenação pretérita alcançada pelo período depurador do art. 64, inciso I, do CPB. Configuração de maus antecedentes. Conduta social e personalidade do agente valoradas em razão do histórico criminal do réu. Carência de fundamentação idônea. Motivos do crime. Acréscimo patrimonial. Fundamentação inidônea. Situação inerente ao tipo penal. Circunstâncias do crime. Bis in idem. Consequências do crime. Elevado prejuízo pela não recuperação de todos os bens subtraídos. Não comprovado. Cálculos após o reexame da final. Redimensionamento da pena de multa. Regime inicial modificado para o semiaberto. Apelo conhecido e parcialmente provido. Sala das Sessões da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Relator. Des. Jose Luiz Oliveira de Almeida. São Luís, 11 de março de 2021.

BRASIL. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <https://pje2.tjma.jus.br/pje2g/ConsultaPublica/DetalleProcesoConsultaPublica/listView.sea m?ca=41d302ddac4ed7182256f7ed5a78936b454bc7bccd388b4b> Acesso em: 10 mar. 2022

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848 (Código Penal), de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

BRASIL. Lei nº 12.681, de 4 de Julho de 2012. Institui o Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais e sobre Drogas – SINESP. Brasília, DF, 2012. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112681.htm

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689 (Código de Processo Penal), de 3 de outubro de 1941.

BRASIL. Lei de execução Penal. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 593.818/SC. Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 26.2.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 110.191/RJ. Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda turma, julgado em 23.4.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 119.200/PR. Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 11.2.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 118.977/MS. Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 18.3.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpusn. 126.315/SP. Relator Ministro Gilmar Mendes, Primeira Turma, julgado em 15.9.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 338/967/SP. Relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 18.2.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1160440/MG. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta turma, julgado em 17.3.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 66.436/SP. Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 12.4.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpusn. 362.654/SP. Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

CÂNDIDO, Gabriel Cardoso; SULOCKI, Victoria-Amália de . Reincidência criminal: contornos constitucionais. In: Adriana Geisler; Priscila Pedrosa. (Org.). **Crítica da razão colonial: estudos sobre direito e pensamento decolonial**. 1.ed. Rio de Janeiro: Codemy, 2022, p. 1-322.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Edição 2015, 92 p.

CARVALHO, Salo de (Coord.). Dos critérios de aplicação da pena no brasil: análise doutrinária e jurisprudencial da conveniência da determinação da pena mínima. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. **Série Pensando o Direito - Pena Mínima**, n. 02, ano 2009. Disponível em: <http://participacao.mj.gov.br>. Acesso em: 22 out. 2022.

CARVALHO, Salo de. **O Papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

CASARI, C. M. R.; GIACÓIA, G. A violação dos direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro à luz da teoria do garantismo penal. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 249–274, 2016. DOI: 10.5902/1981369420816. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/20816>. Acesso em: 23 fev. 2023.

CHUEIRI, M.F.; FECCHIO, M.C; BOTTER, E.F. Limitações ao direito ao esquecimento perante informação de interesse público. **Investigação, Sociedade e Desenvolvimento** , [S. l.], v. 11, n. 1, pág. e54411125400, 2022. DOI: 10.33448/rsd-v11i1.25400. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/25400>. Acesso em: 23 fev. 2023.

DELMANTO, Celso; et al. **Código penal comentado**. 7.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando o direito a sério**. São Paulo. Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, L. 1989. **Diritto e ragione**. Teoria del garantismo penale. Roma-Bari:Laterza.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Somer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRI, Enrico. Tradução de. CAPITANIO, Paolo. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**. Campinas: Bookseller, 1996.

FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. **Iniciação à pesquisa no direito: pelos caminhos do conhecimento e da invenção**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder Organização**. Introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 8 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

FRANCO, Adalberto Silva. **Reincidência: um caso de não-recepção pela constituição federal**. São Paulo: IBCCRIM, 2010. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4063-Reincidencia-um-caso-de-nao-recepcao-pela-constituicao-federal. Acesso em: 22 jan 2023

FREIRE, Alexandre. Precedentes Judiciais: Conceito, categorias e funcionalidades. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aloysio; JAYME, Fernando. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 3. ed. rev. atual. e ampl., v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013 (Coleção direito e ciências afins).

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **Rediscutindo os fundamentos do direito de punir**. Do neorretribucionismo e seus reflexos no âmbito do controle social formal. 2019. Relatório Final Pós Doutoral (Pós-Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal. 2019.

GAMBA, Cristian de Oliveira; VELOSO, Roberto Carvalho. O método apac como modelo de humanização do processo identitário do encarcerado. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**, v. 20, n. 38, p. 53-76, 23 jul. 2020.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1987.

GRAMMATICA, Fillipo. **Principios da defesa social**. Madrid: Montecorvo, 1974.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim. **Visões de Política Criminal entre Operadores da Justiça Criminal de São Paulo: Relatório de Pesquisa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**. Noções e críticas. Organização e Tradução de André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JESUS, Thiago Allisson Cardoso de. ALVES, Felipe Laurêncio Freitas. Linguagem (não) estigmatizante em julgados no Judiciário Brasileiro. **Revista Direito e Práxis**, v. 1, p. 1-29, 2022.

JESUS, Thiago Allisson Cardoso de; ALVES, Felipe Laurêncio Freitas. Internalização de tratados e convenções internacionais em matéria de processo penal por meio do controle difuso de convencionalidade. **Revista Do Mestrado em Direito UCB**, v. 14, p. 67-92, 2020.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LEHFELD, Lucas de Souza; NUNES, Danilo Henrique; TOME, Selma Cristina. Direitos humanos dos encarcerados e dignidade da pessoa humana: aspectos materiais vigentes. **Revista Húmus**, v. 9, p. 331-350, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

LYRA, Nelson. Comentários ao código penal. **Revista Forense**, 1955.

LOPES JÚNIOR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência**: o conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Parecer em Embargos de Declaração no Habeas Corpus nº 126.292/SP, 2016.

MACEDO, Paulo. A pena de prisão no Brasil: uma análise à luz da sociologia do direito de Erving Goffman. **Revista da Esmese**, Aracajú, n. 7, p. 257-267, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo CPC comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Tonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2012.

MIGLIAVACCA, Luciano de Araujo; SOVERAL, Raquel Tomé. Segurança Jurídica, Internacionalização do Direito Penal e Anistia. **Revista Científica Internacional Interscience Place**. v. 10 n.4, out.-nov, 2015, Rio de Janeiro.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Editora Atlas, 1985.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Sevilha. Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial.** Riode Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MUNIZ, Gina Ribeiro Gonçalves. Por que presumir a inocência no processo penal? **Revista Consultor Jurídico**, 20 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-20/tribuna-defensoriapor-presumir-inocencia-processopenal>. Acesso em: 21 out. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral.** São Paulo: Atlas, 2015.

PICOLOTTO, Thiago Soares. Aspectos do direito penal do autor na aplicação da pena. **Revista Jus Navigandi**. Teresina: 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31435/aspectos-do-direito-penal-do-autor-na-aplicacao-da-pena>. Acesso em: 22 out 2022.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Ensaio sobre a pena. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo (USP)**. São Paulo, 1974.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2016, p.173.

PIOVESAN, Flavia. **Temas de Direitos Humanos/Flavia Piovesan**. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

POLAINO-ORTS, Miguel. **Derecho penal del enemigo: desmitificación de umconcepto.** Peru: Jurídica Grijley, 2006.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 5. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2009.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

REALE JUNIOR, Miguel *et al.* **Penas e medidas de segurança no novo código.** Rio de Janeiro: Forense, 1987.

REGRAS DE MANDELA. Conselho Nacional de Justiça-CNJ. 22 maio 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>. Acesso em: 21 out. 2022.

REGRAS DE BANGKOK. Conselho Nacional de Justiça-CNJ. 22 julho 2010. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp->

content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdbc397c32eecd40afbb74.pdf. Acesso em: 01 nov 2022.

REGRAS DE PEQUIM. Conselho Nacional de Justiça-CNJ. 29 novembro 1985. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2019/09/2166fd6e650e326d77608a013a6081f6.pdf>
Acesso em: 01 nov. 2022.

REGRAS DE TOQUIO. Conselho Nacional de Justiça-CNJ. 14 dezembro 1990. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2022.

REGRAS INTERNACIONAIS PARA O ENFRENTAMENTO A TORTURA E MAUS-TRATOS. Decreto n. 98.386, de 9 de dezembro de 1989. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2019/09/c9175bd2c46c4de6b67468beed359d4c.pdf>
. Acesso em: 01 nov. 2022.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de lateoría del delito. Traducción y notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. **Culpabilidad y Prevención em Derecho penal**; Tradución Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1981.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidadeda pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. p.319-370. **Revista latino-Americana de Estudo Constitucionais**. n. 6, jul. /dez., 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SILVA, Antonio José da Costa e. **Codigo penal dos Estados Unidos do Brasil** comentado. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004. v. 2 (História do direito brasileiro. Direito penal).

SIQUEIRA, Galdino. **Projecto de codigo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Offs. Graphs. do Jornal do Brasil e da Revista da Semana, 1913.

STOCO, Tatiana de Oliveira. **A personalidade do agente na fixação da pena**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

VALOIS, Luís Carlos. **Conflito entre ressocialização e a legalidade penal**. Belo Horizonte; São Paulo:D'Plácido, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 1987.