



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

Caroline Mourão Araújo Borges

MAUS ANTECEDENTES: Uma condenação perpétua?

**Brasília-DF
2024**

Caroline Mourão Araújo Borges

MAUS ANTECEDENTES: uma condenação perpétua?

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientadora: Professora Carolina Costa Ferreira

**BRASÍLIA
2024**

CAROLINE MOURÃO ARAÚJO BORGES**MAUS ANTECEDENTES: uma condenação perpétua**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientadora: Professora Carolina Costa Ferreira

BRASILIA-DF, OUTUBRO DE 2024

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

RESUMO

O objetivo desse estudo é compreender em que medida os maus antecedentes criminais se perpetuam no sistema de justiça brasileiro. O instituto penal dos antecedentes já se caracterizava como resquício de uma vertente de pensamento oriunda do Direito Penal do Autor, e se tornou ainda mais incompatível com o Estado Democrático de Direito no contexto da Constituição de 1988, ao não possuir qualquer prazo prescricional.

Nesse escopo, será demonstrado que a ideia de fatos pretéritos serem considerados sem qualquer prazo temporal era tão inconcebível para os juristas e doutrinadores que, por analogia, utilizavam-se do prazo prescricional quinquenal previsto para o instituto da reincidência. Contudo, em 2020, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que essa analogia não pode ser utilizada e, portanto, não há prazo prescricional para os maus antecedentes. Por consequência, não havendo limites temporais para sua aplicação, um Estado defensor de penas que não são *ad aeternum*, tem um elemento contido no artigo 59 do Código Penal, capaz de aumentar uma pena-base, que pode ser utilizado de forma perpétua.

Para dar legalidade e constitucionalidade à sua decisão, o Supremo Tribunal Federal determina em seu entendimento que não seria uma condenação perpétua, pois a consideração ou não de maus antecedentes penais antigos, seria definida pela discricionariedade do juízo. Além do mais, justifica que a prescrição dos maus antecedentes concederia ao réu com histórico criminal a graça de obter novamente um réu primário. Ideia que a Augusta Corte, por maioria, considerou inadmissível por ferir o princípio da isonomia e individualidade da pena. Fato que este trabalho irá abordar como evidências de um direito penal do inimigo, sendo deixado de lado a aplicação reintegradora e corretiva da punição estatal para aplicar uma punição vingativa.

O método científico utilizado será bibliográfico e dedutivo. Por fim, para concluir a discussão sobre a perpetuidade dos maus antecedentes, será analisado o Tema 150 proferido pelo Supremo Tribunal Federal, originado do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 593818.

Como resultado, conclui-se que os maus antecedentes penais, mesmo que não determinem a culpabilidade do agente, são fatos utilizados para aumento de pena-base na dosimetria da pena. Ainda, também será um resultado dessa análise o fato de que os maus antecedentes, mesmo que, tecnicamente, diferem da reincidência, sem um prazo prescricional, seria apenas um elemento que perpetua a reincidência prescrita em uma fase diferente da dosimetria da pena. Um fato que não pode mais ser utilizado como reincidência não será esquecido ou perdoado, mesmo com pena cumprida ou extinta, pois sempre poderá ser maus antecedentes, a depender da discricionariedade do juízo.

Com essa conclusão, o ideal seria abolir práticas que remontam ideias históricas incompatíveis com o sistema democrático de direito, ou seja, tornar o Direito Penal do Autor um estudo de evolução da história e formação do direito penal e criminal, deixando de utilizá-lo, mesmo que em resquícios, atualmente. Contudo, para não gerar soluções advindas de ideologias utópicas que cogitam a reestruturação de partes significativas do Código Penal Brasileiro e, consequentemente implicariam em intensa reforma constitucional, o mais correto, por ora, seria definir um prazo prescricional para os maus antecedentes.

Palavras-chave: Maus antecedentes penais. Perpetuidade de pena. Direito do Autor. Direito do Fato. Reincidência. Tema 150 do STF.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	6
2. DIREITO PENAL DO AUTOR E DIREITO PENAL DO FATO.....	12
2.1. DIREITO PENAL DO AUTOR.....	12
2.2. DIREITO PENAL DO FATO.....	16
3. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA.....	17
3.1. MAUS ANTECEDENTES PENAIIS.....	18
3.2. REINCIDÊNCIA.....	21
4. ETERNIZAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES PENAIIS.....	23
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	30

1. INTRODUÇÃO

Como tema deste estudo de conclusão do curso de bacharelado de Direito, será abordada a perpetuidade do uso de maus antecedentes criminais no sistema penal brasileiro. Os antecedentes penais, fatos da vida pregressa do agente, podem ser utilizados de forma negativa para fins de aumento da pena-base na primeira fase da dosimetria da pena, bem como afetam as seguintes escolhas do magistrado: (i) pena a ser aplicada (quando o legislador comina duas penas alternativas); (ii) regime inicial de pena e; (iii) possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por outra, quando possível¹. Referida autorização legal se encontra nas circunstâncias judiciais do artigo 59º, *caput*, e no artigo 68º, *caput*, ambos do Código Penal Brasileiro². Contudo, não há qualquer previsão legal de até quando estes fatos podem ser utilizados negativamente pelo poder judiciário.

Diante dessa falta de prescrição legal e dependência da discricionariedade do judiciário para decidir, para melhor chegarmos à conclusão de perpetuidade dos maus antecedentes, o trabalho será dividido em quatro etapas. Na primeira etapa será apresentado o conceito do direito penal do autor e direito penal do fato. Na segunda, o conceito e aplicação dos maus antecedentes penais e reincidência. Na terceira, será discutido o Tema 150³, do Supremo Tribunal Federal, entendimento que inviabilizou o uso, por analogia à reincidência, da prescrição quinquenal dos maus antecedentes. Por fim, chegaremos na conclusão, momento que será abordado como a discricionariedade do juízo pode trazer insegurança social gerando uma perpetuidade dos maus antecedentes penais.

Os antecedentes de um indivíduo serem fatores analíticos para uma individualização da pena, princípio garantido constitucionalmente, ainda remontam a época do positivismo criminal que busca punir um agente pela sua pessoa ou modo de vida além do fato por esta praticado⁴. O resqúcio desse histórico Direito Penal do Autor é aplicado de forma adaptada e evoluída.

¹ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral, 22. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, página 588, 592 e 593.

² BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal Brasileiro, 1940, art. 59º, inciso I, II, III e IV e Art. 68º, *caput*.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Tema 150. Recurso Extraordinário 593.818/SC. Relator: Min. Roberto Barroso. Ementa: direito penal. Recurso extraordinário com repercussão geral. Dosimetria. Consideração dos maus antecedentes ainda que as condenações anteriores tenham ocorrido há mais de cinco anos. Possibilidade. Parcial provimento. Recorrente Ministério Público. Recorrido Odair José Pinto. Julgado em 18/08/2020. Data de publicação DJE 23/11/2020 - ATA Nº 199/2020. DJE nº 277, divulgado em 20/11/2020, Brasília-DF.

⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1, 25. Ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, página 830.

Teoricamente, não podem mais ser levados em consideração fatores como raça, gênero, opção sexual, religião e crença⁵. Para antecedentes, basta a vida pretérita do agente ligada a atos reprováveis pelas autoridades públicas que vão contra aos ordenamentos legais da sociedade, sejam como infrações ou práticas reiteradas de crimes.

De qualquer forma, ainda assim, doutrinariamente, como bem pontuado por Cleber Rogério Masson, o mais compatível com o estado democrático moderno, seria o nomeado Direito Penal do Fato⁶. Corrente esta que busca penalizar um indivíduo apenas pelo feito e não pelo que ele é ou pela forma que escolhe levar sua vida pessoal⁷. Ainda assim, o Direito Penal do Fato, para melhor aplicação, além do mero fato típico e antijurídico, deve levar em consideração a culpabilidade do agente em dolo ou culpa⁸. Apenas o fato por si só não demonstra vontade de delinquir do indivíduo social.

A reincidência penal, instituto que muito se assemelha aos antecedentes penais, também pode ser considerada como resquícios do Direito Penal do Autor⁹. Contudo, diverge dos antecedentes por ter sua definição apenas a novos crimes praticados após sentença transitada em julgado que condenou um indivíduo por crime diverso no país ou em estrangeiro¹⁰. Dessa forma, não seria qualquer fato pretérito reprovável, não sendo considerado, inclusive, contravenções penais anteriores. Outra diferença é que a reincidência possui prazo prescricional previsto legalmente (artigo 64, inciso I, do Código Penal Brasileiro). A prescrição da reincidência incide quando passados cinco anos após o cumprimento ou extinção da pena.

Por força dos princípios da dignidade da pessoa humana e da humanidade das penas, bem como por previsão do Estado Democrático de Direito do Brasil que não adere a penas perpétuas¹¹, os juristas e doutrinadores utilizavam-se, por analogia, do prazo quinquenal da reincidência para os maus antecedentes criminais. Dessa forma, qualquer fato advindo de uma conduta ilícita em contravenção penal ou crime, que não reincidência, não poderia ser

⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral, 22. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, página 588 e BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, artigo 5º, inciso VIII.

⁶ SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.) – Processo Penal e Garantias Constitucionais – São Paulo: Quartier Latin, 2006, página 131, artigo de Cleber Rogério Masson, O Direito Penal do Inimigo.

⁷ PRADO, Luiz R. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, página 48.

⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral, 5. Ed. – Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. página 18.

⁹ RAZMAN, Daniel A. **Manual de Direito Penal - parte geral**. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019, página 376.

¹⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral, 22. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, página 610.

¹¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, artigo 5º, inciso XLVII, alínea “d”.

considerado como maus antecedentes, da mesma forma que a reincidência, após cinco anos do cumprimento ou extinção da pena.

O problema geral deste tema, vai além do uso, em partes, do Direito Penal do Autor e, especificamente, se torna um embaraço ao sistema democrático e princípios garantidores quando, em 2020, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral, firmou o Tema 150¹² no *leading case* Ministério Público x Odair José Pinto.

A Comarca de Campos Novos-SC, 2ª Vara Cível e Criminal, através do processo nº 2007.027017-2, condenou o Sr. Odair José Pinto por tráfico de drogas (artigo 12, *caput*, da Lei 6.368/76) a uma pena de 3 anos e 8 meses, mas o absolveu pelos crimes de corrupção de menores (artigo 1º da Lei 2.254/54) e receptação (artigo 180, *caput*, do Código Penal). Proposta apelação pelo *parquet*, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina deu parcial provimento para também condenar o Sr. Odair pelo crime de corrupção de menores, mas ressaltou a impossibilidade de considerar crimes cometidos a mais de 5 anos como maus antecedentes para a fixação da pena-base. Para tanto, utilizou por analogia o prazo prescricional da reincidência, afirmou que os efeitos da pena não podem ser eternos e alegou que, pelo princípio da inocência (artigo 5º, LVII, da Constituição Federal), não iria registrar antecedentes.

O Ministério Público, diante desse acórdão, interpôs o recurso extraordinário 593.818, ao qual foi reconhecida a repercussão geral, alegando que a Primeira Câmara Criminal de Santa Catarina contrariou o artigo 5º. LVII, da Constituição Federal por não ter análise de culpabilidade na consideração de vida progressa do réu, bem como haveria prejuízo ao princípio da igualdade quando desconsiderado os antecedentes.

No julgamento em plenário do RE nº 593.818, no dia 18/08/2020, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese: “*não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal*”¹³. Tese definida por maioria, sendo os votos vencidos os dos seguintes Ministros: Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Dias Toffoli.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Tema 150. Recurso Extraordinário 593.818/SC. Relator: Min. Roberto Barroso. Ementa: direito penal. Recurso extraordinário com repercussão geral. Dosimetria. Consideração dos maus antecedentes ainda que as condenações anteriores tenham ocorrido há mais de cinco anos. Possibilidade. Parcial provimento. Recorrente Ministério Público. Recorrido Odair José Pinto. Julgado em 18/08/2020. Data de publicação DJE 23/11/2020 - ATA Nº 199/2020. DJE nº 277, divulgado em 20/11/2020, Brasília-DF.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Tema 150. Recurso Extraordinário 593.818/SC. Relator: Min. Roberto Barroso. Ementa: direito penal. Recurso extraordinário com repercussão geral. Dosimetria. Consideração dos maus antecedentes ainda que as condenações anteriores tenham ocorrido há mais de cinco anos. Possibilidade. Parcial provimento. Recorrente Ministério Público. Recorrido Odair José Pinto. Julgado em 18/08/2020. Data de publicação DJE 23/11/2020 - ATA Nº 199/2020. DJE nº 277, divulgado em 20/11/2020, Brasília-DF.

Em embargos de declaração, as Defensorias Públicas da União e do Estado de São Paulo e Outros alegaram omissão da Suprema Corte quanto ao uso de discricionariedade do juízo ou não para poder analisar a aplicação dos maus antecedentes antigos. No dia 25/04/2023, o Supremo Tribunal Federal acolheu os embargos para alterar e constar no Tema 150 a seguinte tese:

“Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal, podendo o julgador, fundamentada e eventualmente, não promover qualquer incremento da pena-base em razão de condenações pretéritas, quando as considerar desimportantes ou demasiadamente distanciadas no tempo e, portanto, não necessárias à prevenção e repressão do crime, nos termos do comando do artigo 59 do Código Penal”¹⁴

A partir deste entendimento, houve vedação ao uso da analogia da prescrição de reincidência para prescrição dos maus antecedentes penais, não sendo determinado qualquer outro tipo de prazo prescricional para este último. De acordo com o tema 150, do STF, o réu criminal irá depender da discricionariedade do juízo para considerar ou não os maus antecedentes há muito pretéritos para a prevenção e repressão do crime.

A relevância de discorrer intelectualmente sobre a questão da falta de prescrição dos maus antecedentes, como dito, ultrapassa o uso do Direito Penal do Autor. Essa corrente positivista que remonta a era de Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo¹⁵, está inserida de forma adaptada no sistema penal brasileiro em outros elementos igualmente, como na própria reincidência¹⁶. O cerne do problema aqui discutido é a possibilidade de caráter perpetuo decorrente pela falta de prescrição certa dos maus antecedentes, visto que quando teve oportunidade, o Supremo Tribunal Federal optou por deixar à discricionariedade do juízo em vez de limitar o prazo prescricional.

Depender da discricionariedade de um juízo para utilizar ou não fatos como maus antecedentes, gera uma incerteza processual e dependência total da interpretação do magistrado. Tanto que, não obstante o Tema 150, da Augusta Corte, há históricos de divergências no próprio Supremo, sejam pelos votos vencidos, sejam por alguns julgados como o HC 133.077 (2016)¹⁷

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Tema 150. Recurso Extraordinário 593.818/SC. Relator: Min. Roberto Barroso. Ementa: direito penal. Embargos de declaração em recurso extraordinário. Tema 150 da repercussão geral. Embargos acolhidos apenas para fins de esclarecimento da tese. Recorrente Ministério Público. Recorrido Odair José Pinto. Julgado em 02/05/2023. Data de publicação DJE publicado em 05/05/2023. Divulgado em 04/05/2023, Brasília-DF.

¹⁵ SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.) – Processo Penal e Garantias Constitucionais – São Paulo: Quartier Latin, 2006, página 117, artigo de Cleber Rogério Masson, O Direito Penal do Inimigo.

¹⁶ RAIZMAN, Daniel A. **Manual de Direito Penal - parte geral**. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019, página 376.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC 133.077. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Ementa: habeas corpus. Constitucional. Penal. Condenação transitada em julgado há mais de cinco anos. Impossibilidade de utilização para caracterização de maus antecedentes. Ordem concedida. Paciente: Josue José de Lima. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Julgado em 29/03/2016.

o qual reforça o entendimento que a Segunda Turma do STF tinha antes da repercussão geral de que se aplicava o prazo prescricional da reincidência para os maus antecedentes. Se a prescrição atinge a agravante de pena (reincidência), por que o agente carregará consigo a insegurança de ter maus antecedentes eternos que são mais amenos que os agravantes? ¹⁸

Não seria essa uma forma de estender os efeitos negativos da reincidência em outra técnica e fase da dosimetria? Pois, quando a reincidência prescreve, o fato criminoso ainda poderá ser levado em consideração para maus antecedentes. A Súmula 444, do Superior Tribunal de Justiça impede que o mesmo fato seja utilizado simultaneamente como reincidência e maus antecedentes, mas não prevê ou sequer proíbe que, após a reincidência prescrita, o fato seja considerado apenas como maus antecedentes¹⁹. Até quando a sociedade vai perpetuar o estigma de criminoso em indivíduos errantes? Quando será considerado suficiente para quitar as punições de um crime, se mesmo após cinco anos o cumprimento ou extinção da pena, o agente ainda poderá, parcialmente, ser punido de forma estendida a fatos pretéritos?

Com o marco teórico de doutrinas e tema do STF, por mais que os conceitos de reincidência e antecedentes penais sejam considerados resquícios do direito penal do autor por se tratar de circunstâncias pessoais do agente conforme Daniel Raizman²⁰ e Cezar Roberto Bittencourt²¹ lecionam, neste trabalho defende-se apenas pelo prazo prescricional do uso dos maus antecedentes.

Tal medida, seria mais razoável assumindo que o Brasil ainda se declara sendo o direito penal uma *ultima ratio*²², um sistema de correção estatal para posterior ressocialização do agente infrator, tanto que não adere a penas perpétuas, o mais adequado seria definir um prazo prescricional para a aplicação de maus antecedentes penais da mesma forma que a reincidência possui.

Pessoalmente, escolhi esse tema não apenas em razão ao meu interesse na área penal, mas também por me sensibilizar com as circunstâncias e estigma social que os egressos do sistema penal passam diariamente. O sentimento de vingança social, por vezes, é tão forte que até os profissionais de direito atuantes na área sofrem com preconceitos por estarem atuando em defesa do delinquente. Pelo que vejo, a condenação perpetua é inevitável, pois se não

¹⁸ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral, 22. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, página 590.

¹⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral, 22. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, página 590.

²⁰ RAIZMAN, Daniel A. **Manual de Direito Penal - parte geral**. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019, página 376.

²¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1, 25. Ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, página 830.

²² Camões, Filipa Botelho. Reincidência criminal – uma pandemia social silenciosa, um olhar transversal entre a criminologia e o direito. Nova School of Law, 2021, página 58.

jurídica, social. Porém, quando jurídica, necessária a devida revolta e manifestação contrária, pois estimula um punitivismo e sentimento de vingança que já é inflamado socialmente.

Lembro-me de confirmar ainda mais esse sentimento quando, acompanhando o julgamento do tema 150, do STF, o Ministro Ricardo Lewandowski comparou o entendimento da ausência de prescrição temporalmente definida aos maus antecedentes penais com a marca de ferro em brasa que era aplicada aos rostos de criminosos para que seus crimes jamais fossem esquecidos²³. O meu interesse penal sempre foi no sentido de evitar julgamentos penais mesclados em valores pessoais e punições demasiadamente incompatíveis. Ao ser questionada por diversas vezes quanto a essa matéria respondo que minha atuação penal não é para defender a criminalidade, mas sim para combater o punitivismo vingativo no qual se deseja apenas o mal para quem comete crimes e não a aplicação legal da lei e sua posterior ressocialização ou quitação da lesão ao bem jurídico.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Tema 150. Recurso Extraordinário 593.818/SC. Relator: Min. Roberto Barroso. Ementa: direito penal. Recurso extraordinário com repercussão geral. Dosimetria. Consideração dos maus antecedentes ainda que as condenações anteriores tenham ocorrido há mais de cinco anos. Possibilidade. Parcial provimento. Recorrente Ministério Público. Recorrido Odair José Pinto. Julgado em 18/08/2020. Data de publicação DJE 23/11/2020 - ATA Nº 199/2020. DJE nº 277, divulgado em 20/11/2020, Brasília-DF. Página 54.

2. DIREITO PENAL DO AUTOR E DIREITO PENAL DO FATO

A necessidade do ser humano em viver em comunidade ocasionou a criação de sociedades. Naturalmente, com a convivência social surgiram regras coletivas que deveriam ser adotadas para o bem comum de todos. Devido à suscetibilidade do indivíduo social vir a ter pensamentos e atitudes divergentes da massa social, na mesma medida das regras, foram criadas contrapartidas punitivas em casos de transgressões.

Como bem define Fernando Capez, o direito penal tem como função definir infrações penais através dos comportamentos mais reprováveis e graves do ser humano, aptos a lesionar o bem jurídico coletivo fundamental para a convivência em sociedade. Após referida classificação desses atos infracionais, conseqüentemente determina as respectivas sanções e estabelece sua devida aplicação²⁴.

Contudo, ainda atualmente, surgem questões fáticas e teóricas nas quais é importante retornar a análise de alguns conceitos e teorias primordiais para melhor elucidação. Ao julgar um crime, fato típico, ilícito e culpável, em sua aplicação da pena, existem duas principais teorias para analisar sua punição: através do Direito Penal do Autor ou do Direito Penal do Fato²⁵.

2.1. DIREITO PENAL DO AUTOR

Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), importante filósofo, defendia a ideia de um contrato social, instrumento pelo qual os homens entrariam em acordo comum para conviver em sociedade de forma igualitária. Um contrato de ajuste da conduta social individual em prol de condutas compatíveis com a liberdade coletiva²⁶. Na Escola Clássica, Cesare de Beccaria (1738–1794), *Dos Delitos e Das Penas*, instaurou a corrente de pensamento do direito penal do inimigo²⁷, em que, inspirado no contrato social de Rousseau, determinou que o criminoso infrator, por transgredir o pacto social, passa a ser um declarado inimigo da sociedade²⁸.

²⁴ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral, 22. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, página 47.

²⁵ BRUNONI, Nivaldo. *Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade*. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n., dez. 2007. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm acessado em 14/10/2024

²⁶ Morrison, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*; 2ª Ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, página 188.

²⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, volume 1*, 25. Ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, página 111.

²⁸ SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.) – *Processo Penal e Garantias Constitucionais* – São Paulo: Quartier Latin, 2006, página 115, artigo de Cleber Rogério Masson, O Direito Penal do Inimigo.

O inimigo social é considerado incapaz de celebrar contratos em razão de sua patologia e irracionalidade de quebrar o instrumento social em primeiro momento. Portanto, ele teria de aguentar as consequências da pena²⁹. Contudo, o criminoso seria um homem comum, nada de peculiar, apenas um infrator, mas carregaria consigo uma inimizade com a sociedade.

Beccaria ainda definiu uma humanização, proporcionalidade e legalização da pena, sendo contra a torturas e penas de morte, legitimando o poder punitivo estatal para evitar *violência de um ou de muitos contra um cidadão privado*³⁰. Contudo, o sentimento de inimizade social para com os cidadãos infratores, havia sido declarado em razão da quebra contratual.

Tal analogia a um inimigo da sociedade, gerou fundamento para grandes correntes de combate à criminalidade através do aumento de punitivismo. Uma retirada da imagem de pessoa cidadã infratora para um inimigo, surgindo, assim, uma proposta de “direito penal do inimigo”, concebida por Günther Jakobs (1937), filósofo alemão, professor acadêmico³¹.

Para Jakobs, o agente que optar por quebrar o contrato social e colocar a sociedade em risco com dano irreparável, perde a qualidade de cidadão, ou seja, de pessoa, tornando-se um inimigo da sociedade³². Não obstante a necessidade de dano irreparável, define como inimigo pessoas que, em seu comportamento ou profissão, possuem desvios de práticas para crimes sexuais, econômicos, terrorismo e crime organizado. Para este cidadão, aplica-se o direito penal do inimigo, o que implicaria em sua exclusão social com punições severas³³.

O fato importaria para penalização, contudo, a pena mais severa seria aplicada apenas a específicos tipos de autores por representarem maior gravidade à sociedade, ou seja, os que forem perigosos³⁴. O crime cometido os classificaria como inimigos do estado. Tal combate à criminalidade sob o fundamento de proteção estatal, como bem define Bittencourt, é um

²⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1, 25. Ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, página 111.

³⁰ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 146.

³¹ RAIZMAN, Daniel A. **Manual de Direito Penal - parte geral**. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019. *E-book*. p.83. ISBN 9788553611379. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553611379/>. Acesso em: 15 out. 2024 p. 83-84.

³² JAKOBS Günther e MELIÁ Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 29-30.

³³ RAIZMAN, Daniel A. **Manual de Direito Penal - parte geral**. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019. *E-book*. p.84. ISBN 9788553611379. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553611379/>. Acesso em: 15 out. 2024. p. 83-84.

³⁴ JAKOBS Günther e MELIÁ Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 29-30.

movimento com cunho fascista³⁵, bem como elucida um direito penal do autor (punir alguém pelo que ela é e não pelo que foi feito³⁶).

Posteriormente à Beccaria, na escola positivista, surge Cesare Lombroso (1835-1909), italiano, psiquiatra, um dos defensores da escola positivista italiana, afirmava através de sua obra *O Homem Delinquente* de que existiam criminosos natos³⁷. Anatomicamente, o delinquente nato apresentava certas alterações de tamanho estrutural de ossos ou de aparência. A genética e as condições particulares do indivíduo eram consideradas para a análise do crime, mesmo que este não tenha sido descoberto. O criminoso nato era considerado um errante social, um delinquente, doente, por vezes, mesmo antes de ter de fato cometido um crime³⁸.

A teoria de Lombroso é um exemplo mais evidente do Direito Penal do Autor, pois traz a intenção do punitivismo estatal através das características do autor e não da infração em si³⁹. Se tratava de uma descivilizar de um agente que seria considerado criminoso apenas por sua aparência e contexto social que, eventualmente, poderia apresentar uma periculosidade social⁴⁰.

Atualmente, seria difícil conceber de forma crua uma corrente de pensamento que pune um indivíduo por sua aparência ou genética sem ao menos existir uma lesão a algum bem jurídico⁴¹. Com a evolução do ornamento jurídico, se tornou inconcebível punir alguém por sua aparência física, pior ainda se nem crime houver. Contudo, ainda é possível encontrar resquícios da ideia do direito penal do autor mesclado em alguns institutos ou entendimentos jurídicos, mesmo que esta não seja a vertente majoritária adotada pelo estado democrático de direito⁴².

³⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1, 25. Ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, página 664.

³⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral, 5. Ed. – Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. página 522.

³⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1, 25. Ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, página 116.

³⁸ NUCCI, Guilherme de S. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*. p.87. ISBN 9786559641437. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559641437/>. Acesso em: 14 out. 2024.

³⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral, 5. Ed. – Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. página 18.

⁴⁰ CAMÕES, Filipa Botelho. Reincidência criminal – uma pandemia social silenciosa, um olhar transversal entre a criminologia e o direito. Nova School of Law, 2021, página 31.

⁴¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, artigo 5º, inciso VIII.

⁴² BRUNONI, Nivaldo. *Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade*. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n., dez. 2007. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm

Para alguns pesquisadores do direito como Nivaldo Brunoni⁴³, Ana Elisa Liberatore S. Bechara⁴⁴, Cezar Roberto Bitencourt⁴⁵ e Daniel A. Raizman⁴⁶, os maus antecedentes penais, bem como a reincidência, institutos que veremos os conceitos adiante, consagram fragmentos do direito penal do autor. Não obstante a utilização de referidos mecanismos penais ainda nos dias de hoje, por se tratar de moduladores de pena com a única finalidade de atestar maior ou menor afinidade do infrator penal com o crime⁴⁷, acaba por sancionar o agente por sua personalidade quando atestada sua periculosidade por maior familiaridade com a vida do crime⁴⁸.

Em síntese, o direito penal do autor instaura uma punição não ao furto ou roubo, mas ao ladrão. Como se a proibição migrasse para o jeito de ser da pessoa infratora e não ao fato infracional. Uma vedação em ser homicida, não a cometer homicídio⁴⁹. Nesse sentido, como bem definiu Ana Elisa Liberatore S. Bechara, o direito penal do autor gera um “*território de subjetividade judicial intangível*”⁵⁰ no momento de fixação da pena:

As sentenças são apoiadas em elementos irracionais, morais e preconceituosos, tais como as expressões: “o réu possui personalidade voltada para a criminalidade”, “culpabilidade acentuada, grave, desfavorável”, além da frequente aplicação de um intolerável bis in idem relacionado à reincidência e aos antecedentes do agente.⁵¹

A problemática da aplicação pura do direito do autor é justamente ocasionar um sentimento de injustiça por peculiaridades de diversos agentes e propagar vários tipos preconceitos, o que poderia perpetuar outros crimes como racismo, homofobia e afins. Porém, aperfeiçoando a análise das condições individuais de cada agente para sua conduta e vida passada, nosso sistema penal atual as utiliza para garantir um princípio constitucional da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal)⁵².

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O Sentido da Pena e a Racionalidade de sua Aplicação no Estado Democrático de Direito Brasileiro. Revista da Faculdade Mineira de Direito, V.21, N. 41, página 21.

⁴⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1, 25. Ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, página 830.

⁴⁶ RAIZMAN, Daniel A. **Manual de Direito Penal - parte geral**. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019. *E-book*. p.84. ISBN 9788553611379. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553611379/>. Acesso em: 15 out. 2024. Página 376.

⁴⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1, 25. Ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, página 830.

⁴⁸ RAIZMAN, Daniel A. **Manual de Direito Penal - parte geral**. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019. *E-book*. p.84. ISBN 9788553611379. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553611379/>. Acesso em: 15 out. 2024. Página 376.

⁴⁹ BRUNONI, Nivaldo. *Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade*. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n., dez. 2007. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm

⁵⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O Sentido da Pena e a Racionalidade de sua Aplicação no Estado Democrático de Direito Brasileiro. Revista da Faculdade Mineira de Direito, V.21, N. 41, página 21.

⁵¹ Ibidem.

⁵² BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, artigo 5º, inciso XLVII, alínea “d”.

Ainda assim, essas condições particulares podem se tornar uma linha tênue de interpretações judiciais, pois, como observado por Ana Elisa Liberatore S. Bechara, além da punição ser aplicada como castigo, é mensurada em razão de personalidades tidas como não compatíveis com as definidas como “certas” pelos detentores de poder⁵³. Dessa forma, conclui-se que a individualização constitucional da pena seria um instrumento que massificaria os condenados em detrimento da minoria que possui poder⁵⁴.

2.2. DIREITO PENAL DO FATO

Para o direito penal do fato ou do ato, pouco importa as condições pessoais do agente infrator. Como Enrico Pessina afirma, em seus estudos, “o homem delinque não pelo que é, senão pelo que faz”⁵⁵. Neste caso, é analisada apenas a conduta criminosa e os fatos relacionados ao crime em si.

Esta é a vertente que mais condiz com o estado democrático de direito, pois impede que pessoas sejam indevidamente julgadas por raça, crença religiosa, convicção filosófica ou política, aparência, opção sexual e afins. Isto porque nenhuma dessas características, mesmo que minimamente, seriam levantadas para o julgamento de um crime que observa apenas o fato ilícito. Contudo, igualmente ao direito penal do autor, também houve uma evolução de ideais que convergiram para o que é aplicado nos dias de hoje.

O mero fato por si só é insuficiente para averiguar o intuito do ser humano de infringir a lei⁵⁶. Os fatos desprovidos de vontade ativa, consciência de ilicitude e exigibilidade de conduta diversa são inimputáveis, ou seja, impedem aplicação de sanção penal⁵⁷. Desta forma, além do ato ilícito, é necessário analisar o princípio da culpabilidade a ser evidenciada nos crimes praticados.

O direito penal brasileiro analisa a vontade do ser humano penalmente e divide nas ações típicas a vontade do agente por dolo ou culpa, bem como suas características de compreensão do fato, sua imputabilidade ou inimputabilidade⁵⁸. E por fim, sua culpabilidade, princípio que

⁵³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O Sentido da Pena e a Racionalidade de sua Aplicação no Estado Democrático de Direito Brasileiro. Revista da Faculdade Mineira de Direito, V.21, N. 41, página 24

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ PESSINA, Enrico. Teoria do delito e da pena. Traduzido por Fernanda Lobo. São Paulo: Rideel, 2006. Tradução de: Doctrina del delito y de la pena. (Biblioteca Clássica)

⁵⁶ NUCCI, Guilherme de S. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais, 4ª edição**. Grupo GEN, 2015. *E-book*. ISBN 978-85-309-6296-8, página 317.

⁵⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1, 25. Ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, página 69.

⁵⁸ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral, 22. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, página 47.

tem como função determinar quando que um comportamento ilícito deve ou não ser apenado para ser compatível com a finalidade da pena⁵⁹.

De acordo com Fernando Capez, as finalidades da pena são divididas em três vertentes: (I) teoria absoluta ou da retribuição, a qual possui como objetivo apenas a mera punição, retribuição do mal gerado pelo crime; (II) teoria relativa, finalista, utilitária ou da prevenção, a qual puni para readaptar e segregar o criminoso para o impedimento do seu retorno ao crime, mas também para intimidar socialmente e; (III) teoria mista, eclética, intermediária ou conciliatória, da qual reeduca-se o criminoso para evitar a prática do crime, mas também para intimidação coletiva⁶⁰, sendo esta última a considerada mais compatível com o sistema penal moderno atual⁶¹.

Sendo assim, o direito penal do fato traz para o fato típico a análise do crime e das penas, aqui se analisa as circunstâncias em que o fato se deu e não o agente em si. Conforme Cezar Roberto Bittencourt, o princípio da culpabilidade é uma garantia fundamental para o processo de análise e determinação de responsabilidade penal, bem como possui três importantes dimensões que geram consequências materiais⁶²:

- a) Inadmissibilidade da responsabilidade objetiva pelo simples resultado;
- b) Somente cabe atribuir responsabilidade penal pela prática de um fato típico e antijurídico, sobre o qual recai o juízo de culpabilidade, de modo que a responsabilidade é pelo fato e não pelo autor;
- c) A culpabilidade é a medida da pena.

Crucial ressaltar a consequência material acima constante na letra “b”, apenas um fato típico, antijurídico, do qual há culpabilidade pode ser penalizado. Logo, diferentemente do direito penal do autor, temos a definição do direito penal do fato, onde não há punição pelo autor, apenas por fatos criminosos⁶³.

3. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA

Na punição por um crime praticado, o agente infrator terá em análise os elementos de antecedentes e reincidência. Após a constatação do crime e o devido processo legal,

⁵⁹ ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general: fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Tradução Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vidente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 190-230.

⁶⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral, 22. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, página 473.

⁶¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1, 25. Ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, página 173.

⁶² BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1, 25. Ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, página 69.

⁶³ Ibidem.

considerando o agente culpado e imputável, haverá uma dosimetria da pena a ser seguida conforme o artigo 68, do Código Penal Brasileiro⁶⁴.

Para tanto, segue-se três fases: (i) primeiramente, considera-se a fixação da pena-base observando as circunstâncias judiciais do artigo 59, do CPB, previsão em que se encontram os antecedentes; (ii) em segundo, deve-se verificar circunstâncias atenuantes e/ou agravantes. Enquadra-se nesta segunda fase a reincidência, prevista no artigo 61, inciso I, do CPB como agravante e; (iii) na terceira e última fase, causas de aumento e/ou diminuição de pena⁶⁵.

Tanto os maus antecedentes quanto a reincidência são institutos criados para o fim do princípio legal de individualização da pena⁶⁶, pois são fontes externas ao fato do crime em si e intrinsecamente conectadas ao indivíduo infrator⁶⁷. Além da diferença temporal de uso nas fases da dosimetria da pena, cada instituto possui sua peculiaridade a ser mais bem exposta. Especificamente, para fins do presente estudo, a maior discrepância se encontra na prescrição de cada.

3.1. MAUS ANTECEDENTES PENAIIS

Os antecedentes penais estão previstos no artigo 59, *caput*, do Código Penal Brasileiro e caracterizam um elemento a ser avaliado no momento da fixação da pena-base, na primeira fase da dosimetria da pena:

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

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível⁶⁸.

O dispositivo legal prevê apenas antecedentes que, em seu significado literal, resume-se a qualquer ato praticado pelo indivíduo desde que pretérito ao fato criminoso. Sendo assim,

⁶⁴CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral, 22. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, páginas 585-586.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, artigo 5º, inciso XLVII, alínea “d”.

⁶⁷ RAIZMAN, Daniel A. **Manual de Direito Penal - parte geral**. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019. *E-book*. p.84. ISBN 9788553611379. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553611379/>. Acesso em: 15 out. 2024. Página 376.

⁶⁸ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal Brasileiro, 1940, art. 59º, inciso I, II, III e IV e Art. 68º, *caput*.

os antecedentes podem ser positivos, caso existam nessa condição. Contudo, se os fatos anteriores praticados forem reprováveis legalmente, sejam crimes ou infrações, surgem os maus antecedentes penais⁶⁹.

A princípio, como bem pontua Cezar Roberto Bitencourt, considerar atos ou fatos anteriores como antecedentes negativos é uma condenação, uma violação ao princípio constitucional da presunção da inocência e, em seu cerne, apresenta resquícios do “condenável direito penal do autor”⁷⁰. Outros doutrinadores, já consideram uma permissividade de um *bis in idem*, teoricamente proibido, pois condena mais ainda um agente por crime do qual já foi condenado anteriormente, uma dupla condenação⁷¹.

Contudo, para minimizar esse sentimento de inconstitucionalidade diante do direito penal do autor presente nos maus antecedentes penais, o Superior Tribunal de Justiça sumulou certos entendimentos que evoluíram a aplicação do instituto. Porém, mesmo evoluído, o seu caráter primário de direito penal do autor persiste, pois é um modulador para definição de pena que ainda foca no agente e não no fato criminal⁷².

Conforme a Súmula 241, do STJ, os fatos que ensejaram a aplicação dos maus antecedentes não podem simultaneamente constarem, também, como reincidência⁷³. Em consonância com este entendimento, Daniel Raizman define os maus antecedentes como informações de envolvimento anterior com agências criminais secundárias, as quais não poderiam ser reconhecidas legalmente como reincidência⁷⁴, ou seja, por exclusão, o que não é reincidência, mas possui reprovabilidade criminal, pode ser maus antecedentes.

Mesmo definindo bem os antecedentes valorados negativamente por meio da exclusão ao que é reincidência, Daniel Raizman também aponta a falta de lugar deste instituto no estado democrático de direito, pois “importa reprová-lo o que a pessoa é e não o que ela tem feito”⁷⁵.

⁶⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral, 22. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, páginas 585-586.

⁷⁰ BITENCOURT, Cezar R. Tratado de direito penal: parte geral. v.1.: SRV Editora LTDA, 2024. E-book. ISBN 9786553629325, página 391, tópico de Antecedentes.

⁷¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O Sentido da Pena e a Racionalidade de sua Aplicação no Estado Democrático de Direito Brasileiro. Revista da Faculdade Mineira de Direito, V.21, N. 41, página 21.

⁷² RAIZMAN, Daniel A. Manual de Direito Penal - parte geral. [Digite o Local da Editora]: SRV Editora LTDA, 2019. E-book. ISBN 9788553611379. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611379/>. Acesso em: 20 jun. 2024., página 371

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção, em 23.08.2000. DJ 15.09.2000, p. 229. Súmula 241.

⁷⁴ RAIZMAN, Daniel A. Manual de Direito Penal - parte geral. [Digite o Local da Editora]: SRV Editora LTDA, 2019. E-book. ISBN 9788553611379. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611379/>. Acesso em: 20 jun. 2024., página 371

⁷⁵ *Ibidem*.

Uma assertiva pertencente ao positivismo criminológico que nos remete memórias das teorias de Lombroso⁷⁶.

Em mais tentativas de adequar o instituto aos princípios constitucionais, especificamente ao da presunção da inocência, o STJ, através da Súmula 444⁷⁷, definiu não ser permitido utilizar ações penais ou inquéritos policiais em curso para aplicar maus antecedentes. Sendo assim, apenas ações transitadas em julgado, que não utilizadas para a aplicação da reincidência, podem ser maus antecedentes penais.

Diante de algumas evoluções, também há aplicações que retrocedem esse instituto utilizado na base da dosimetria da pena. De acordo com a Constituição Federal, não há pena perpétua no Estado Democrático de Direito do Brasil⁷⁸. Em consonância a esta limitação, o Código Penal, em seu artigo 75, determina que penas privativas de liberdade não podem ultrapassar a 40 (quarenta) anos⁷⁹. Mesmo quando a soma das penas de vários crimes cometidos por um agente resulte em período maior, estas devem ser unificadas para atender ao limite legal previsto⁸⁰.

A perpetuidade da punição estatal é divergente à humanidade das penas e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por essa razão, doutrinadores e juristas estavam, por analogia, considerando maus antecedentes como prescritos se atingido o prazo quinquenal da reincidência previsto no artigo 64, inciso I do Código Penal Brasileiro⁸¹. Nesse viés, os maus antecedentes penais seriam prescritos após cinco anos do cumprimento ou extinção da pena⁸².

Com tantas divergências de entendimentos, se a utilização por analogia poderia ou não ser válida, o Supremo Tribunal Federal pacificou, através do Tema 150 que, para o reconhecimento de maus antecedentes, o prazo quinquenal de prescrição da reincidência não se aplica⁸³. Logo, retornamos ao direito penal do autor sendo aplicado ainda no presente, em que

⁷⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O Sentido da Pena e a Racionalidade de sua Aplicação no Estado Democrático de Direito Brasileiro. Revista da Faculdade Mineira de Direito, V.21, N. 41, página 24

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010. Súmula 444.

⁷⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, artigo 5º, inciso XLVII, alínea b.

⁷⁹ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal Brasileiro, 1940, art. 75.

⁸⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral, 22. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, páginas 678.

⁸¹ BITENCOURT, Cezar R. Tratado de direito penal: parte geral. v.1.: SRV Editora LTDA, 2024. E-book. ISBN 9786553629325, página 832.

⁸² SANTOS, Juez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral, 5. Ed. – Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. Página 521.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Tema 150. Recurso Extraordinário 593.818/SC. Relator: Min. Roberto Barroso. Ementa: direito penal. Recurso extraordinário com repercussão geral. Dosimetria. Consideração dos maus antecedentes ainda que as condenações anteriores tenham ocorrido há mais de cinco anos. Possibilidade. Parcial provimento. Recorrente Ministério Público. Recorrido Odair José Pinto. Julgado em 18/08/2020. Data de publicação DJE 23/11/2020 - ATA Nº 199/2020. DJE nº 277, divulgado em 20/11/2020, Brasília-DF.

o estigma do indivíduo criminoso o persegue eternamente, cabendo a este, total dependência da discricionariedade da sociedade e do judiciário para analisar se é de bom tom ou não um fato ocorrido há mais de cinco anos ser utilizado para agravar sua pena base.

3.2. REINCIDÊNCIA

O instituto da reincidência previsto no artigo 61, inciso I, do Código Penal Brasileiro⁸⁴, é uma circunstância agravante da pena que analisa se o indivíduo infrator possui conduta reiterada no mundo do crime. De acordo com o artigo 63, do CPB⁸⁵, a reincidência é quando o agente comete um novo crime após o trânsito em julgado de sentença que o tenha condenado a crime anterior, seja em país estrangeiro ou em território nacional⁸⁶. Ainda, conforme o artigo 64, inciso I, do CPB⁸⁷, a reincidência prescreve quando ultrapassados cinco anos do cumprimento ou extinção da pena⁸⁸.

Quem pratica uma contravenção penal após sentença condenatória transitada em julgado que o puniu por crime anterior no país ou estrangeiro, também é considerando reincidente de acordo com o artigo 7º, da Lei de Contravenções Penais⁸⁹. Da mesma forma, o condenado definitivamente por contravenção penal que praticar uma nova contravenção é reincidente na Lei de Contravenções Penais⁹⁰. Em contrapartida, quem comete uma contravenção penal e, posteriormente, um crime, não é reincidente. Referido entendimento se dá em razão do artigo 63, do CPB⁹¹, não considerar contravenções penais para o conceito de reincidência⁹².

Sendo utilizado na segunda fase da dosimetria da pena, este instituo também carrega certos aspectos do ultrapassado direito penal do autor. Davi de Paiva Costa Tangerino afirma que “reprovar o reincidente ou bem é reprová-lo por aquilo que ele é, ou bem pelo que voltou a fazer”. Para o jurista, qualquer uma dessas opções vão contra ao Estado Democrático de

⁸⁴ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal Brasileiro, 1940, art. 61º, inciso I.

⁸⁵ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal Brasileiro, 1940, art. 63º.

⁸⁶ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral, 22. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, páginas 610.

⁸⁷ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal Brasileiro, 1940, art. 64, inciso I.

⁸⁸ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral, 22. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, páginas 617.

⁸⁹ BRASIL. Decreto-lei Nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, Lei das Contravenções Penais, art. 7º.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal Brasileiro, 1940, art. 63º.

⁹² CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral, 22. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, páginas 614.

Direito pois elimina o princípio da culpabilidade em razão do ato, o abdicando para culpar a condução de vida do agente.⁹³

Punir novamente, mesmo que na medida de agravante, um crime que já teve sua pena determinada e, por vezes, até cumprida ou extinta, remonta ao pensamento positivista do qual Donna e Iuvaro afirmam: “dado o fracasso da pena privativa de liberdade, isto é, a não ressocialização que se buscou por meio dela, deve-se aumentar a pressão estatal sobre o indivíduo, segregando-o do resto das pessoas”⁹⁴.

O agente infrator reincidente também tem mitigado o conceito da proibição de “*bis in idem*” para si. Pois, conforme o direito penal brasileiro e entendimento jurisprudencial como a própria Súmula 241, do STJ⁹⁵, um indivíduo não pode ser penalizado por duas vezes pelo mesmo fato. Contudo, caso o agente seja reincidente penal, além do estigma de segregação social e maior punição estatal, ele carregará consigo a possibilidade de, mesmo que em parte, cumprir novamente uma pena decorrente dos fatos já transitados em julgado ou quitados⁹⁶.

Mesmo com toda a carga positivista contida neste instituto, para melhor aplicação e evolução jurídica, há uma determinação de prazo prescricional para a reincidência penal. Há de se considerar que tal prazo funciona como período probatório ou período depurador como nomeado por Fernando Capez⁹⁷, de reinserção social, correção comportamental consequente da punição estatal. Nesse viés, passados cinco anos do cumprimento ou extinção da pena, o agente não mais carregaria em si o estigma de pessoa criminosa com práticas delituosas reiteradas. Benefício este que não gozará em razão da possibilidade de ainda ser punido na forma de maus antecedentes, mesmo que prescrita a reincidência, pois quando não cabe caracterização de reincidência, pode haver maus antecedentes⁹⁸.

⁹³ TANGERINO, Davi de Paiva C. **Culpabilidade**. SRV Editora LTDA, 2014. *E-book*. ISBN 9788502226494, página 98.

⁹⁴ DONNA, Edgardo Alberto; IUVARO, Maria José. Reincidencia y culpabilidad: comentario a la ley 23.057 de reforma al Código Penal. Buenos Aires: Astrea, 1984, p. 73. Também citado em TANGERINO, Davi de Paiva C. **Culpabilidade**, SRV Editora LTDA, 2014, página 98.

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção, em 23.08.2000. DJ 15.09.2000, p. 229. Súmula 241.

⁹⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O Sentido da Pena e a Racionalidade de sua Aplicação no Estado Democrático de Direito Brasileiro. Revista da Faculdade Mineira de Direito, V.21, N. 41, página 21.

⁹⁷ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral, 22. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, páginas 618.

⁹⁸ RAIZMAN, Daniel A. Manual de Direito Penal - parte geral. [Digite o Local da Editora]: SRV Editora LTDA, 2019. E-book. ISBN 9788553611379. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611379/>. Acesso em: 20 jun. 2024., página 371

4. ETERNIZAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES PENAIIS

Como comentado no decorrer deste trabalho diversos doutrinadores utilizavam-se do prazo prescricional da reincidência por analogia para determinar a prescrição dos maus antecedentes penais⁹⁹. Nesse sentido, vários tribunais também tinham esse entendimento, o que nos leva para o Tema 150 definido em repercussão geral no Supremo Tribunal Federal¹⁰⁰.

A Comarca de Campos Novos-SC, 2ª Vara Cível e Criminal, através do processo nº 2007.027017-2, condenou o Sr. Odair José Pinto por tráfico de drogas (artigo 12, *caput*, da Lei 6.368/76) a uma pena de 3 anos e 8 meses, mas o absolheu pelos crimes de corrupção de menores (artigo 1º da Lei 2.254/54) e receptação (artigo 180, *caput*, do Código Penal). Nessa condenação, em dosimetria da pena, o Juiz Substituto Maycon Rangel Favareto não considerou maus antecedentes penais, visto que os existentes iriam caracterizar reincidência¹⁰¹.

Proposta apelação pelo *parquet*, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina deu parcial provimento para também condenar o Sr. Odair pelo crime de corrupção de menores, mas ressaltou a impossibilidade de considerar crimes cometidos a mais de 5 anos como maus antecedentes para a fixação da pena-base¹⁰².

No caso concreto, o Desembargador Relator Amaral e Silva identificou um registro de pena extinta no dia 17/08/1999, ou seja, pela distância temporal da época dos fatos discutidos no processo em questão, 28 de setembro de 2006, já haviam se passado mais de cinco anos. Prescrita a reincidência e, pelo entendimento do Tribunal, os maus antecedentes penais¹⁰³. Para tanto, utilizou por analogia o prazo prescricional da reincidência, afirmou que os efeitos da pena

⁹⁹ BITENCOURT, Cezar R. Tratado de direito penal: parte geral. v.1.: SRV Editora LTDA, 2024. E-book. ISBN 9786553629325, página 832 “Convém destacar a necessidade de respeitar a limitação temporal dos efeitos dos “maus antecedentes”, adotando-se o parâmetro previsto para os “efeitos da reincidência” ...”

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral, 22. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, páginas 590. “a segunda posição defende que não geram os maus antecedentes, portanto se estende o critério previsto no art. 64, I, do CP aos maus antecedentes”.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral, 5. Ed. – Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. página 521. “Em qualquer hipótese, a teoria e a jurisprudência modernas condicionam a validade dos antecedentes ao prazo de 5 (cinco) anos, por aplicação analógica do prazo de validade da reincidência (art. 64, I, CP)”

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Tema 150. Recurso Extraordinário 593.818/SC. Relator: Min. Roberto Barroso. Ementa: direito penal. Recurso extraordinário com repercussão geral. Dosimetria. Consideração dos maus antecedentes ainda que as condenações anteriores tenham ocorrido há mais de cinco anos. Possibilidade. Parcial provimento. Recorrente Ministério Público. Recorrido Odair José Pinto. Julgado em 18/08/2020. Data de publicação DJE 23/11/2020 - ATA Nº 199/2020. DJE nº 277, divulgado em 20/11/2020, Brasília-DF.

¹⁰¹ Autos do processo RE/593818. Sentença condenatória proferida em 11 de maio de 2007 pelo Juiz Substituto Maycon Rangel Favareto, na ação penal originária nº 014.06.004638-8, nº unificado 2007.027017-2, em trâmite na 2ª Vara Civil/Crime de Campos Novos/SC.

¹⁰² Autos do processo RE/593818. Acórdão proferido em 01 de novembro de 2007 pela Primeira Câmara Criminal, Presidente e Relator Desembargador Amaral e Silva, na ação penal originária nº 014.06.004638-8, nº unificado 2007.027017-2.

¹⁰³ Ibidem.

não podem ser eternos e alegou que, pelo princípio da inocência (artigo 5º, LVII, da Constituição Federal), não iria registrar antecedentes.

O Ministério Público, diante desse acórdão, interpôs o recurso extraordinário 593.818, ao qual foi reconhecida a repercussão geral¹⁰⁴, alegando que a Primeira Câmara Criminal de Santa Catarina contrariou o artigo 5º. LVII, da Constituição Federal por não ter análise de culpabilidade na consideração de vida pregressa do réu, bem como haveria prejuízo ao princípio da igualdade quando desconsiderado os antecedentes¹⁰⁵.

No julgamento em plenário do RE 593.818, no dia 18/08/2020, sendo o relator o Ministro Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese: “*não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal*”¹⁰⁶. Tese definida por maioria pelos votos dos Ministros Carmen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes, sendo os votos vencidos os dos seguintes Ministros: Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Dias Toffoli (6x4).

Em embargos de declaração, as Defensorias Públicas da União e do Estado de São Paulo e Outros alegaram omissão da Suprema Corte quanto ao uso de discricionariedade do juízo ou não para poder analisar a aplicação dos maus antecedentes antigos. No dia 25/04/2023, o Supremo Tribunal Federal acolheu os embargos para alterar e constar no Tema 150 a seguinte tese:

“Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal, podendo o julgador, fundamentada e eventualmente, não promover qualquer incremento da pena-base em razão de condenações pretéritas, quando as considerar desimportantes ou demasiadamente distanciadas no tempo e, portanto, não necessárias à prevenção e repressão do crime, nos termos do comando do artigo 59 do Código Penal”¹⁰⁷

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Tema 150. Recurso Extraordinário 593.818/SC. Relator: Min. Roberto Barroso. Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestaram os Ministros Cármen Lúcia, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Gilmar Mendes. DJE 03/04/2009ATA Nº 6, de 31/03/2009 - DJE nº 64, divulgado em 02/04/2009

¹⁰⁵ Autos do processo RE/593818. Ação penal originária nº 014.06.004638-8, nº unificado 2007.027017-2, apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, pelo Promotor de Justiça Ricardo Paladino em 18 de maio de 2007.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Tema 150. Recurso Extraordinário 593.818/SC. Relator: Min. Roberto Barroso. Ementa: direito penal. Recurso extraordinário com repercussão geral. Dosimetria. Consideração dos maus antecedentes ainda que as condenações anteriores tenham ocorrido há mais de cinco anos. Possibilidade. Parcial provimento. Recorrente Ministério Público. Recorrido Odair José Pinto. Julgado em 18/08/2020. Data de publicação DJE 23/11/2020 - ATA Nº 199/2020. DJE nº 277, divulgado em 20/11/2020, Brasília-DF.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Tema 150. Recurso Extraordinário 593.818/SC. Relator: Min. Roberto Barroso. Ementa: direito penal. Embargos de declaração em recurso extraordinário. Tema 150 da repercussão geral. Embargos acolhidos apenas para fins de esclarecimento da tese. Recorrente Ministério Público. Recorrido Odair José Pinto. Julgado em 02/05/2023. Data de publicação DJE publicado em 05/05/2023. Divulgado em 04/05/2023, Brasília-DF.

A partir deste entendimento, houve vedação ao uso da analogia da prescrição de reincidência para prescrição dos maus antecedentes penais, não sendo determinado qualquer outro tipo definido de prazo prescricional para este último. De acordo com o tema 150, do STF, o réu criminal irá depender da discricionariedade do juízo para considerar ou não os maus antecedentes há muito pretéritos para a prevenção e repressão do crime¹⁰⁸.

Um julgamento acirrado de seis contra quatro com 92 páginas de votos, abordou diversas teses, críticas e fundamentos ora contraditórias, ora pertinentes. Em síntese, o Ministro Luís Roberto Barroso, relator, se respalda pelo posicionamento de que após perder o seu réu primário, o agente nunca vai conseguir retornar ao *status quo*, ou seja, não poderá futuramente, ter a graça de ser, novamente, réu primário¹⁰⁹. Nesse ponto até cita Cezar Roberto Bittencourt que exemplificou o réu primário como um estado de virgem que, após violado, não é refeito. Comparou a reincidência como o pecado original, desaparece, mas deixa sua mancha através da reincidência¹¹⁰.

A referência bíblica e a necessidade de haver uma “mancha” com caráter perpetuo que deve ser lembrada, não deixa de nos trazer uma ideia de Antigo Regime, onde o crime era uma manifestação demoníaca e o estado retribuía para se vingar¹¹¹. Contudo, em seguida, o Ministro Barroso afirma que defende a inaplicabilidade do prazo prescricional da reincidência para os maus antecedentes em razão de serem institutos diferentes, dos quais o legislador fez questão de diferenciar, tanto que são aplicados de forma diversa. Além do mais, podem ser aplicados ou não a depender da discricionariedade do juízo que irá determinar se plausível seu reconhecimento para a devida reprimenda penal, logo, não seria perpétuo¹¹².

Quanto a presunção de inocência, o Ministro Barroso ressalta que não há violação ao princípio constitucional pois os maus antecedentes são aplicados para a dosagem da pena, quando a culpa já está estabelecida. Por fim, defende pelos princípios constitucionais da isonomia e individualização da pena através da discricionariedade do juízo¹¹³.

O Ministro Alexandre de Moraes também defendeu a diferença entre reincidência e maus antecedentes, institutos que são aplicados em fases diversas e possuem propostas que não

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Tema 150. Recurso Extraordinário 593.818/SC. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgado em 18/08/2020. Data de publicação DJE 23/11/2020 - ATA Nº 199/2020. DJE nº 277, divulgado em 20/11/2020, Brasília-DF. Inteiro teor do acórdão, página 4.

¹¹⁰ Ibidem e BITTENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2007, p.238.

¹¹¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O Sentido da Pena e a Racionalidade de sua Aplicação no Estado Democrático de Direito Brasileiro. Revista da Faculdade Mineira de Direito, V.21, N. 41, página 21.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Tema 150. Recurso Extraordinário 593.818/SC. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgado em 18/08/2020. Data de publicação DJE 23/11/2020 - ATA Nº 199/2020. DJE nº 277, divulgado em 20/11/2020, Brasília-DF. Inteiro teor do acórdão, página 6.

¹¹³ Ibidem, página 5.

se comunicam. Trouxe para seus fundamentos um grande acervo doutrinário que diferencia a reincidência dos maus antecedentes e chegou em mesma conclusão que o Ministro Barroso¹¹⁴.

O Ministro Edson Fachin acompanhou o relator, mas, em seu voto, trouxe uma observação quanto ao caráter de perpetuidade. Com fundamento do entendimento da Ministra Cármen Lúcia, ressaltou que a possibilidade do reconhecimento de condenação anterior como maus antecedentes não seria uma pena perpetua, “*mas a consideração de situação fática da vida do paciente com reflexo na dosimetria penal*”¹¹⁵. Nesse ponto, é evidente o resquício aplicado do direito penal do autor, punir alguém pelo que ela é ou pela forma de conduzir sua vida e não pelo fato criminal¹¹⁶.

A Ministra Rosa Weber também acompanhando o relator sob justificativa de que entende prevalecer a discricionariedade do juiz para a análise das circunstâncias judiciais no art. 59, do Código Penal¹¹⁷. Em ponto polêmico, a Ministra Rosa Weber comenta uma compreensão da restrição de perpetuidade penal, porém apenas para pena corporal e os efeitos da condenação no que se referem “*às inabilitações e às proibições de exercício de atividades*”¹¹⁸. Seria tal observação uma permissão de perpetuidade para ficha criminal e segregação social? Se a pena não pode ser perpetua apenas nesses pontos, por exclusão, o egresso do sistema penal está manchado eternamente quanto a outras consequências da pena.

Acompanhando o relator, a Ministra Cármen Lúcia argumentou que a falta de prescrição limitada temporalmente para os maus antecedentes se deve não pela discricionariedade do juízo, mas, sim, pelo princípio da igualdade. Para manter essa garantia constitucional, é necessário haver a diferenciação entre pessoas que já cometeram crime alguma vez na vida, mesmo que além do período de cinco anos, e pessoas que nunca cometeram nenhum crime e, por algum motivo, vieram a cometer¹¹⁹.

Em síntese, dois corréus, um sem antecedentes, outro com vida pregressa registrada há mais cinco anos atrás, não podem ser tratados igualmente. A Ministra Cármen Lúcia reforça o

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Tema 150. Recurso Extraordinário 593.818/SC. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgado em 18/08/2020. Data de publicação DJE 23/11/2020 - ATA Nº 199/2020. DJE nº 277, divulgado em 20/11/2020, Brasília-DF. Inteiro teor do acórdão, p. 26-29.

¹¹⁵ Ibidem, p. 34.

¹¹⁶ RAIZMAN, Daniel A. **Manual de Direito Penal - parte geral**. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019. *E-book*. p.84. ISBN 9788553611379. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553611379/>. Acesso em: 15 out. 2024. Página 376.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Tema 150. Recurso Extraordinário 593.818/SC. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgado em 18/08/2020. Data de publicação DJE 23/11/2020 - ATA Nº 199/2020. DJE nº 277, divulgado em 20/11/2020, Brasília-DF. Inteiro teor do acórdão, p. 41.

¹¹⁸ Ibidem, página 47.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Tema 150. Recurso Extraordinário 593.818/SC. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgado em 18/08/2020. Data de publicação DJE 23/11/2020 - ATA Nº 199/2020. DJE nº 277, divulgado em 20/11/2020, Brasília-DF. Inteiro teor do acórdão, p. 50-51.

princípio da individualização da pena como obrigatoriedade constitucional e demonstra sua preocupação com a perpetuidade da pena, mas ressalta que, no momento, está sendo discutido apenas a possibilidade de, através da análise bem fundamentada do juiz, este poder considerar ou não antecedentes penais de mais de cinco anos atrás. Sendo assim, não haveria uma obrigação categórica de se considerar os maus antecedentes advindos de crimes antigos¹²⁰.

Diante desses fundamentos, o Ministro Luiz Fux apenas acompanhou o voto do relator. Concluiu-se assim, seis votos, a maioria da composição do plenário, para a tese de inaplicabilidade da prescrição da reincidência para os maus antecedentes penais. Repara-se que todos os votos foram fundamentos no princípio constitucional da igualdade, na diferenciação dos institutos de reincidência e antecedência e na análise da discricionariedade do juízo para definir a pena em termos que melhor reprimam o crime.

Passando para os votos vencidos, o Ministro Ricardo Lewandowski demonstrou profunda preocupação com o aumento do autoritarismo e do punitivismo com o pretexto de um combate a criminalidade. Reforça que nesse tempo, delitos foram convertidos em crimes hediondos e que *“temos hoje um recorde de mais de 700 mil presos no Brasil, dos quais 40% são presos provisórios. Nós estamos hoje na vergonhosa posição de sermos o terceiro País que mais encarcera no mundo”*¹²¹. Também mencionou artigos científicos que demonstram que o alto encarceramento e o aumento do punitivos não conseguiram diminuir os índices de criminalidade, ao contrário, incrementou a criminalidade organizada na própria prisão¹²².

O Ministro Lewandowski até cita que o próprio Ministro Barroso, em julgamento da ADPF 347 apontou que o sistema carcerário está em um estado inconstitucional de coisas e que a prisão não soluciona a criminalidade. Sendo assim, conclui por não acompanhar o entendimento majoritário em razão da não perpetuidade das penas, vedação constitucional, e remete a linha de pensamento dos votos da maioria como a *“marca de ferro em brasa no rosto do criminoso, para que a sociedade jamais esquecesse de que ele, num determinado momento de sua vida, cometeu um crime”*¹²³.

O voto do Ministro Marco Aurélio, é um marco interessante de evolução, pois o Ministro reconhece que em outros tempos, possuía um entendimento de que após a prescrição da reincidência, não havia impedimento para caracterização do fato como maus antecedentes.

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ Ibidem, p. 52 –55

¹²² Ibidem, p. 52 –55

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Tema 150. Recurso Extraordinário 593.818/SC. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgado em 18/08/2020. Data de publicação DJE 23/11/2020 - ATA Nº 199/2020. DJE nº 277, divulgado em 20/11/2020, Brasília-DF. Inteiro teor do acórdão, p. 52-55

Logo, nos primórdios, seguiria com o entendimento do relator. Contudo, fundamenta que evoluiu seu entendimento, pois, pela lógica, se após cinco anos a reincidência é prescrita, uma agravante, também se prescreveria os maus antecedentes, circunstância judicial de reprovabilidade menor que uma agravante. “*Insubsistente o mais, não resiste o menos*”¹²⁴.

O pensamento do Ministro Marco Aurélio é consoante com a doutrina de Paulo Queiroz que trata os maus antecedentes como acessório do principal, a reincidência. Pois a reincidência é a principal forma de se ter maus antecedentes. Alega ofensa ao princípio da legalidade, bem como uma perpetuidade dos maus antecedentes se não prescritos em cinco anos¹²⁵.

Para o Ministro Gilmar Mendes, em razão da vedação constitucional quanto a penas perpetuas¹²⁶ e o princípio da dignidade da pessoa humana¹²⁷ é necessária a fixação de limites temporais para a consideração dos maus antecedentes. Fundamenta que a ausência de prescrição gera um desvirtuamento da finalidade da pena que é ressocializar o indivíduo infrator. Por fim, de forma cirúrgica afirma que não há sentido em afirmar que a prescrição por analogia esvaziaria a diferenciação dos institutos de reincidência e antecedentes, pois não é objeto da discussão e, ainda que idêntico o prazo prescricional, ainda haverá situações em que será possível a consideração dos maus antecedentes na dosimetria¹²⁸.

De acordo com o Ministro Gilmar Mendes, a prescrição dos antecedentes em cinco anos não impediria ou esvaziaria o seu uso, pois ainda seria possível reconhecer como maus antecedentes uma segunda condenação anterior transitada em julgado, sendo uma primeira como reincidência¹²⁹.

Por fim, em último voto divergente, o Ministro Dias Toffoli, afirma que não se pode ter indefinidamente os efeitos de uma condenação anterior devidamente extinta. Pela mesma lógica de que se o mais grave não perdura, o menos então perde o sentido, defende pela prescrição dos maus antecedentes. Alega que o legislador definiu o prazo depurador de cinco anos após a

¹²⁴ Ibidem, p. 65.

¹²⁵ QUEIROZ, Paulo, Direito Penal: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 342

¹²⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, artigo 5º, inciso XLVII, inciso “b”.

¹²⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, artigo 1º, inciso III.

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Tema 150. Recurso Extraordinário 593.818/SC. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgado em 18/08/2020. Data de publicação DJE 23/11/2020 - ATA Nº 199/2020. DJE nº 277, divulgado em 20/11/2020, Brasília-DF. Inteiro teor do acórdão, p. 69-80

¹²⁹ Ibidem

extinção da pena como lapso temporal suficiente para expurgar qualquer consequência negativa da condenação criminal¹³⁰.

Nota-se, em síntese, que os fundamentos dos votos divergentes se remetem a não perpetuidade das penas, uma determinação constitucional; a repressão ao punitivismo e autoritarismo; à dignidade da pessoa humana; a lógica de que se a reincidência, agravante, prescreve, a continuidade dos antecedentes, mera circunstância, perde o sentido; a irrelevância da diferença entre os institutos, pois, a analogia remete apenas à período de prescrição, a função e uso permaneceriam em suas essências inalteradas, além de que sua diferença não é o cerne da questão. Enquanto os votos da maioria que definiu o tema 150 alegam apenas um princípio de igualdade que seria prejudicado quando um ex-apanado se compara a um réu primário, bem como defende a discricionariedade do juízo e a diferença entre os institutos.

O Tema 150 reverbera ideais antigos de segregar pessoas egressas do sistema penitenciário, dificultando sua ressocialização e, conseqüentemente, marginalizando-as eternamente. Repara-se que até para o STF foi inadmissível imaginar um indivíduo com passagens criminais de 5 (cinco) anos atrás, ser, novamente um réu primário. Sendo muito mais aceitável que, caso cometa um novo crime, ele carregue novamente, mesmo após a quitação total de sua punição, maus antecedentes.

Ainda, a diferença alegada entre reincidência e maus antecedentes para a proibição do uso de analogia é complexa. O Superior Tribunal de Justiça em sua súmula 636¹³¹ estabelece que “a folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência”. Ou seja, para provar sua origem, os institutos se encontram no mesmo lugar, mas, para aplicação de prescrição, se tornam incompatíveis por falta de previsão do legislador.

Esses pensamentos confirmam que, apesar da doutrina prever que o direito penal como *ultima ratio*¹³², como um sistema de correção que trabalha a ressocialização dos infratores¹³³, a sociedade não aplica dessa forma. Para o um indivíduo que já adentrou no sistema penitenciário não há o direito de total quitação da punição do primeiro crime na incidência de um novo crime, mesmo que praticado em um lapso temporal considerável.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Tema 150. Recurso Extraordinário 593.818/SC. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgado em 18/08/2020. Data de publicação DJE 23/11/2020 - ATA Nº 199/2020. DJE nº 277, divulgado em 20/11/2020, Brasília-DF. Inteiro teor do acórdão, p. 81-90.

¹³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira seção, julgado em 26/06/2019, dje 27/06/2019. Súmula 636.

¹³² CAMÕES, Filipa Botelho. Reincidência criminal – uma pandemia social silenciosa, um olhar transversal entre a criminologia e o direito. Nova School of Law, 2021, página 58.

¹³³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1, 25. Ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019, página 172-173.

É mais aceito firmar prazos prescricionais para a reincidência de forma legal, tratando-se de período probatório do efeito corretivo e do sucesso de ressocialização, mas sempre ter em cartas os maus antecedentes penais. Dessa forma, marcado eternamente, a depender das condições do crime e da suscetibilidade do momento, o poder judiciário poderá se assomar nos maus antecedentes para aumentar a pena-base e reforçar ainda mais a existência de divisão dos “indivíduos em aqueles-que-aprenderam-a-conviver-em-sociedade e aqueles-que-não-aprenderam-e-insistem-em-continuar delinquindo”¹³⁴.

Referida divisão definida por Luiz Lenio Streck, nada mais representa do que, perante a falha estatal de ressocializar um indivíduo, evidentemente que é mais socialmente aceito o fato deste último responder de forma mais severa, em vez de, talvez, direcionar os esforços para a ressocialização em si. O punitivismo que originou ideias como a de Lombroso e o direito penal do autor, se demonstrou ineficiente, pois esconder o problema em penitenciárias por mais tempo já se provou não ser a solução para o combate ao crime, como bem argumentou o Ministro Ricardo Lewandowski¹³⁵.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, aqui não se procura erradicar por total os resquícios do positivismo criminal. Tal medida respigaria até na Constituição Federal com necessidade de reformas extremas, o que sequer é objeto deste trabalho. A própria reincidência, mesmo sendo oriunda dessa ideologia punitivista, foi certamente adequada com seu devido prazo prescricional. Nada mais razoável do que o Estado também possuir um prazo de análise probatória da eficiência de sua ressocialização e do aprendizado do indivíduo quanto aos seus antecedentes.

Claramente que não se exclui a possibilidade de futuros estudos para reformas gerais. O mundo e os seres humanos evoluem constantemente, tanto que possuímos alterações frequentes para novas previsões criminais de fatos que em 1945 nunca seriam antijurídicos. As leis devem acompanhar as necessidades sociais.

¹³⁴ STRECK, Lenio Luiz. Tribunal do júri: símbolos e rituais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 66-67. Também citado em TANGERINO, Davi de Paiva C. **Culpabilidade**, SRV Editora LTDA, 2014, página 98.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Tema 150. Recurso Extraordinário 593.818/SC. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgado em 18/08/2020. Data de publicação DJE 23/11/2020 - ATA Nº 199/2020. DJE nº 277, divulgado em 20/11/2020, Brasília-DF. Inteiro teor do acórdão, p. 52-55.

Contudo, por ora, a solução mais factível seria uma determinação de prazo prescricional para os maus antecedentes penais. Essa medida poderia ser via alteração de legislação para a inclusão do prazo ou por reforma no entendimento do Supremo Tribunal Federal para aplicação da prescrição por analogia. Como o STF deu por transitado em julgado o Recurso Extraordinário de repercussão geral, firmando, definitivamente, o Tema 150, a alteração de legislação se torna a melhor opção.

Diante do trabalho desenvolvido, repara-se que os maus antecedentes se tornaram uma pena perpetua com o Tema 150, pois a vasta fundamentação dos votos da maioria determinante não conseguiu convencer e legitimar que o uso discricionário do juiz não perpetuaria o modulador dos antecedentes. De acordo com Juarez, os antecedentes penais aumentam a pena-base para além do mínimo legal em 48,4% dos casos mediante referências genéricas de “*o acusado registra maus antecedentes*” ou “*os antecedentes são desabonadores*”¹³⁶.

Dessa forma, difícil crer que a discricionariedade do juízo se responsabilizaria de forma bem fundamentada e satisfatória a justificar a motivação do uso de antecedentes penais ocorridos a mais de cinco anos. O Estado e o cidadão não podem depender exclusivamente de um único poder do tripé do sistema acusatório para, sem respaldo legal, considerar ou não um aumento de fixação da pena-base com ocorrências de quinze, vinte anos atrás, por exemplo.

O tão citado princípio da igualdade que seria violado com a fixação da prescrição dos maus antecedente visto que, conseqüentemente, faria o cidadão voltar a adquirir a primariedade, é um fundamento frágil. Remete a um punitivismo, castigo e segregação social, uma marca de ferro para identificar os egressos do sistema penal.

O sistema jurídico brasileiro nunca será igualitário para todos, pois há de se analisar a equidade social para cada caso, ajustar o desequilíbrio existente entre as pessoas. Tanto que, no meio penal, há a individualização da pena, ou seja, nunca será igual em todos os termos para todos. Uma pessoa que cometeu um crime, quitou suas obrigações para com aquele bem jurídico lesado, passou pelo período depurador, deveria ter o direito de ser primária novamente. Caso, futuramente, viesse a cometer outro crime, seriam outras circunstâncias. Além do mais, para a punição de repressão e ressocialização, não seria necessário imputar novamente com algo já

¹³⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*, 5. Ed. – Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. Página 521 e MACHADO, Entre números, cálculos e humanidade: o princípio constitucional da individualização da pena e o mito da punição humanizada. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília (Orientadora: Profª. Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho). Brasília, 2009, p. 91.

quitado. Contudo, aparentemente, para fins de pena, nunca se terá uma equidade, pois beneficiária ao réu.

A sociedade se preocupa mais com o fato de esse egresso ter as mesmas oportunidades que ela sendo que cometeu um crime anteriormente. É como se não cometer crimes precisasse ser recompensado, premiado. O que nos leva a uma consequência nefasta de que ao cometer um crime, o agente nunca conseguiria seu papel social em pé de igualdade com os demais, pois seria injusto e violaria o princípio da igualdade se comparado aos demais que nunca cometeram crimes. É um dilema, por vezes até contraditório trazer à tona o princípio da igualdade para justificar a não prescrição dos maus antecedentes penais.

Alegar a diferença da reincidência para com os antecedentes para vedar a analogia prescricional também gera divergência de entendimento dentro do próprio sistema. Como o próprio nome literal demonstra, analogia não é uma equiparação, ou seja, a discussão não se trata de comparar a reincidência com os antecedentes em sua essência. Apenas se aproveita do período de prescrição de um para outro, pois não haveria qualquer outro fundamento legal pré-existente que justificaria um prazo menor ou maior.

Tanto que para identificar os maus antecedentes e a reincidência, bem como para comprová-los, é usado o mesmo documento, a ficha criminal. Nem por isso, os moduladores são igualizados em sua natureza ou aplicação.

O Tema 150 é uma representação do sentimento social de punição e retribuição da pena como forma de vingança estatal para resposta ao combate a criminalidade. Mesmo com pesquisas bem fundamentadas que demonstram a ineficácia do punitivismo para a redução do índice de criminalidade e a vedação constitucional de perpetuidade das penas, a maioria do Supremo Tribunal Federal decidiu pela não limitação temporal dos maus antecedentes.

Sendo assim, cito o Ministro Lewandowski: *“nós estamos retrocedendo em matéria de direitos e garantias do cidadão, especialmente daquele que se encontra sob a custódia do Estado-Juiz.”*¹³⁷

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Tema 150. Recurso Extraordinário 593.818/SC. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgado em 18/08/2020. Data de publicação DJE 23/11/2020 - ATA Nº 199/2020. DJE nº 277, divulgado em 20/11/2020, Brasília-DF. Inteiro teor do acórdão, p. 52-55

REFERÊNCIAS

- BICUDO, Tatiana V. **Por que punir? Teoria Geral da Pena, 2ª edição..** SRV Editora LTDA, 2015. *E-book*. ISBN 9788502616721. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616721/>. Acesso em: 19 jun. 2024.
- BITENCOURT, Cezar R. Tratado de direito penal: parte geral. v.1. [Digite o Local da Editora]: SRV Editora LTDA, 2024. *E-book*. ISBN 9786553629325. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553629325/>. Acesso em: 20 jun. 2024.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 10ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- BRUNONI, Nivaldo. *Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade.* **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n., dez. 2007. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm
- CAMÕES, Filipa Botelho. Reincidência criminal – uma pandemia social silenciosa, um olhar transversal entre a criminologia e o direito. Nova School of Law, 2021.
- CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro P. **Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas ciências criminais.** [Digite o Local da Editora]: SRV Editora LTDA, 2017. *E-book*. ISBN 9788547219628. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547219628/>. Acesso em: 19 jun. 2024.
- DONNA, Edgardo Alberto; IUVARO, Maria José. Reincidencia y culpabilidad: comentario a la ley 23.057 de reforma al Código Penal. Buenos Aires: Astrea, 1984, p. 73. Também citado em TANGERINO, Davi de Paiva C. **Culpabilidade**, SRV Editora LTDA, 2014, página 98.
- LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Direito Penal - Volume Único.** [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2024. *E-book*. ISBN 9786559649303. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649303/>. Acesso em: 19 jun. 2024.
- NUCCI, Guilherme de S. **Criminologia.** [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2021. *E-book*. ISBN 9786559641437. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559641437/>. Acesso em: 19 jun. 2024.
- PESSINA, Enrico. Teoria do delito e da pena. Traduzido por Fernanda Lobo. São Paulo: Rideel, 2006. Tradução de: Doctrina del delito y de la pena. (Biblioteca Clássica)
- PRADO, Luiz R. **Criminologia.** Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. ISBN 9788530987008. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987008/>. Acesso em: 06 out. 2024.
- QUEIROZ, Paulo, Direito Penal: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 342
- RAIZMAN, Daniel A. Manual de Direito Penal - parte geral. [Digite o Local da Editora]: SRV Editora LTDA, 2019. *E-book*. ISBN 9788553611379. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611379/>. Acesso em: 20 jun. 2024.

ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general: fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Tradução Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vidente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 190-230.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 9ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. Tribunal do júri: símbolos e rituais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 66-67. Também citado em TANGERINO, Davi de Paiva C. **Culpabilidade**, SRV Editora LTDA, 2014, página 98.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro. Parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro II, i**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.