ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

ANTECEDENTES, REINCIDÊNCIA E REABILITAÇÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DE CULPABILIDADE

BACKGROUND, REPETITION AND REHABILITATION UNDER THE PRINCIPLE OF CULPABILITY

Paulo César Busato*

RESUMO: A análise jurisprudencial moderna vem reconhecendo a necessidade de restringir a questão dos antecedentes na formação das circunstâncias judiciais de apenamento. Esbarra, porém, a pretensão hermenêutica em limites interpretativos tanto pela reincidência quanto pela reabilitação. A solução exige um filtro interpretativo pelo princípio constitucional da culpabilidade. Através dele é possível oferecer uma nova postura a respeito da fixação de pena de forma a obedecer às pretensões de realização de um Estado social e democrático de direito.
Palavras-chave: Fixação de pena. Reincidência. Princípio de Culpabilidade.

ABSTRACT: The analysis of modern jurisprudence has recognized the need to restrict a question of history in the formation of legal penalty circumstances. It faces, however, the claim in hermeneutic interpretative limits for both the rehabilitation and repetition. The solution requires an interpretative filter by the constitutional principle of culpability. Through this principle it is possible to offer a new posture on the fixing of the penalty in order to satisfy the pretensions of achievement of a social and democratic state of law.
Keywords: Criminal Setting. Repetition. The Principle of culpability.

* Doutor em Problemas Atuais do Direito Penal pela Universidad Pablo de Olavide, em Sevilha, Espanha. Professor de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa e do Centro Universitário das Faculdades Associadas de Ensino - UNIFAE. Promotor de Justiça no Paraná. Curitiba – Paraná – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

A permanência em vigor de um Código Penal cuja parte incriminadora remonta à década de quarenta e cuja parte geral é inspirada por um modelo teórico próprio do mesmo período obviamente tende a estabelecer conflitos para com a hermenêutica constitucional, já que a Constituição Federal é fruto, por um lado, de um processo de abertura política e, por outro, de um diverso momento histórico.

Diante desse conflito, não poucas vezes o sistema penal foi premido pela necessidade de correções interpretativas que exigiram importante esforço hermenêutico tanto de juristas quanto de aplicadores de direito.

A sede de tais conflitos vem sendo, de modo especialmente prevalente, a estrutura principiológica e de garantias individuais, acolhida no art. 5º da Constituição Federal, que pretende dar contornos democráticos à nossa República.

Entre os diversos princípios ali acolhidos, o de culpabilidade[1] é um dos que produziu mais reflexos[2] e um dos que levou a estabelecer corrigendas na interpretação de dispositivos de lei até então consagrados pelo sistema penal. Um exemplo que pode ser citado é o art. 594 do Código de Processo Penal, que estabelecia a necessidade de se recolher preso para manejar recurso de apelação. Seria possível elencar uma série quase infindável de exemplos da mesma natureza. Entretanto, o que interessa fixar neste espaço é a discussão a respeito de um dos institutos consagrados pelo sistema penal que, a despeito de terem se passado já vinte anos desde o advento da Carta Constitucional de 1988 e de sua flagrante violação do principio de culpabilidade, segue sendo aplicado à larga e com imensa dificuldade, e que só agora começa a alcançar espaço de discussão jurisprudencial. Refiro-me aos registros de antecedentes criminais e à questão da reincidência no âmbito de fixação da pena.

A proposta neste espaço é discutir, à luz da acolhida constitucional do princípio de culpabilidade, as restrições que hão de ser impostas aos termos propostos para a reincidência e os antecedentes criminais no âmbito de fixa-

1 Ver, para mais detalhes, BUSATO, Paulo César e MONTES HUAPAYA, Sandro. **Introdução ao Direito penal:** Fundamentos para um sistema penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 143 e ss.

2 Assim, por exemplo, as ideias de responsabilidade pessoal, ou responsabilidade penal subjetiva; o princípio de responsabilidade pelo fato individual; o princípio de presunção de inocência ou não consideração prévia de culpabilidade e o princípio de individualização da pena.

ção da pena e, ao mesmo tempo, efetuar uma proposta, ainda quiçá incipiente, a respeito da forma pela qual hão de ser lidos os referidos institutos.

Para tanto, far-se-á aqui uma breve analise dos diversos aspectos derivados do princípio de culpabilidade, que interferem tanto na fixação da pena quanto na limitação das questões da reincidência e dos antecedentes; em seguida, situar-se-á a forma como os mencionados institutos encontram-se posicionados legislativamente; após comentar-se-á criticamente a orientação jurisprudencial sobre o tema para, ao final, em adoção de um viés crítico, fazer uma proposta de hermenêutica dos dispositivos.

Cumprindo o cronograma, é necessário ressaltar que o princípio de culpabilidade cobra fundamental importância no Direito Penal moderno[3], ainda que o instituto da culpabilidade esteja reconhecidamente em crise[4]. De qualquer modo é claramente possível compreender o instituto de culpabilidade como uma síntese de garantias[5].

Especificamente focado na fixação da pena, é forçoso reconhecer que o princípio de culpabilidade se expressa na necessidade de individualização da pena[6]. Afinal, sabidamente, a culpabilidade é individual e, portanto, cada pessoa tem, individualmente, direito à fixação de uma pena própria, ou seja, tem direito a exigir que o Estado, ao lançar-lhe uma pena, o faça de acordo e levando em consideração aspectos referidos exclusivamente a esta pessoa. É a ideia de individualidade, de respeito ao indivíduo enquanto tal, que, por um lado, consagra o princípio democrático[7] e, por outro, impede,

3 Nesse sentido a opinião de Muñoz Conde: "Ante esta excessiva intromissão do poder punitivo do Estado no âmbito dos direitos individuais mais sagrados, o problema dos limites ao poder punitivo estatal, limites que se baseiam em última instância, na dignidade humana e na própria idéia de Justiça, segue sendo um problema fundamental. A meu juízo, estes limites podem ser reduzidos à vigência, não só formal, mas material também, de dois princípios fundamentais: o princípio de intervenção mínima e o princípio de intervenção legalizada do poder punitivo do Estado. Porém, na doutrina costumam assinalar-se outros, como o de humanidade, culpabilidade, proporcionalidade, etc., que, na realidade, não são mais do que diversas formas de aparição dos mencionados anteriormente. Certamente alguns deles chegaram a cobrar tal importância no moderno Direito penal que costumam ser tratados autonomamente ao mesmo nível que o de intervenção mínima ou o de intervenção legalidade. Assim ocorre, por exemplo, com o princípio de culpabilidade [...]". MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General.* 7ª, ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 70.

4 Veja-se, a respeito, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal. Introducción.* Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 392. Também em BUSATO, Paulo César e MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução...cit.*, p. 148.

5 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal Contemporáneo.* Barcelona: Bosch, 1992; p. 262.

6 BUSATO, Paulo César e MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução...cit.*, p. 157 e ss

7 Veja-se MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal:** Parte General. 5. ed., Barcelona: Reppertor S. L., 1998, p. 74. Também comentamos o tema em BUSATO, Paulo César; MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução...cit.*, p. 120.

por exemplo a incriminação dos delitos de acumulação[8].

Por outro lado, o mesmo princípio de culpabilidade recorta este individualismo, restringindo as possibilidades de derivar para um direito, um direito penal de autor. É que a culpabilidade é de cada sujeito, porém, sempre é referida a um fato. Ninguém é culpado pelo que é, mas somente pelo que fez. A culpabilidade, embora individual, vai referida a um fato. O princípio de culpabilidade coíbe, portanto, um Direito Penal de autor[9].

A afirmação do princípio da culpabilidade na fixação da pena há de obedecer estes dois perfis. Há de se afirmar a culpabilidade do autor, de modo a propor-lhe a pena segundo padrões individuais a que ele tem direito. Porém, esta individualização há de ter por norte, sempre, o fato praticado pelo sujeito.

Daí a existência de um complexo sistema de fixação de penas cujo detalhamento aqui não seria possível proceder. Basta, de momento, restar consignado que este sistema contempla aspectos referidos ao fato, ao sujeito, mas nenhum deles pode romper, em hipótese alguma, os limites fixados pelo princípio de culpabilidade.

Tanto é assim, que a melhor doutrina vem progressivamente fixando o entendimento que a culpabilidade não há de ser apenas um dos elementos a serrem considerados para a fixação da pena, mas sim o principal deles[10], um verdadeiro filtro hermenêutico dos demais indicadores, posto que se trata de fixar, em sede de criminalidade secundária, justamente a pena que pode representar a reprovabilidade adequada para a espécie.

O mesmo perfil vem sendo adotado nas principais escolas jurídico-penais.

Para Jescheck a culpabilidade representa efetivamente o critério reitor da individualização da pena. O processo de fixação da pena busca prin-

8 É que nos delitos de acumulação acaba havendo, além de uma clara violação de ideia de ofensividade, principalmente, um rompimento do princípio de culpabilidade, já que o resultado acaba sendo atribuído a um autor em razão da atitude delituosa de outro. Veja-se, a respeito, DIAS, Augusto Silva. "What if everybody did it?": sobre a (in)capacidade de 'ressonância' do direito penal à figura da acumulação, *in Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, n. 13, 2003, p. 303.

9 Esta classe de direito chegou a respirar na ideia de culpabilidade por condução de vida do nacional-socialismo alemão, defendida, em seu momento, por Mezger. Veja-se, a respeito, MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho penal.** 3. ed., Trad. Antonio Quintano Ripollés, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957, p. 58-68. t. 2.

10 Veja-se, a respeito, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.576. v.1; ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro.** 5. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 785; FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 70.

cipalmente encontrar a pena mais adequada à culpabilidade do sujeito[11]. Do mesmo modo, refere Roxin que "a pena serve aos fins de prevenção especial e geral. Limita-se em sua magnitude pela medida da culpabilidade, mas pode ficar abaixo deste limite desde que o tornem necessário exigências preventivo-especiais e a isso não se oponham as exigências mínimas preventivo-gerais"[12].

Assim também, no Direito Espanhol, refere Muñoz Conde[13] que em todas as etapas de fixação da pena em que o juiz possui certa arbitrariedade - no Código Espanhol precisamente as chamadas de 'pena abstrata' e 'determinação quantitativa' – encontra-se limitado pela ideia reitora de culpabilidade, expressa na proporcionalidade.

No entanto em nosso Código Penal, a reincidência figura no artigo 61, inciso I, como agravante genérica vale dizer, como causa que representa, sozinha, um aumento obrigatório de pena, desconsiderando completamente os indicativos criminológicos de culpabilidade que, não raras vezes, estarão associados à redução da capacidade de escolha entre conduzir-se de acordo ou contra o direito, premida por fatores eminentemente sociológicos[14].

Ora, castigar alguém pelo seu passado é, sob certa forma, retomar as concepções mais antiquadas de retribuição, as quais foram afastadas sabidamente porque "a idéia de somar um mal a outro não tem só caráter medieval senão também –e quiçá- metafísico"[15]. Afirma-se, neste sentido que "a mera valoração de delitos cometidos no passado não tem sentido (inclusive quando por pena se possa entender a produção de um mal agregado a outro como reparação àquele)"[16].

De outro lado, também não se pode vislumbrar na determinação de um *quantum* de pena derivado especificamente da reincidência, o cumpri-

11 Veja-se JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGAND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal**. 5. ed., trad. de Miguel Olmedo Cardenete,Granada: Comares, 2002, p. 941.

12 ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Tradução Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997, p. 103.

13 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal...cit.*, p. 524-526.

14 Veja-se, a respeito da chamada co-culpabilidade, MOURA, Gregore. **Do princípio da Co-culpabilidade.** Niterói: Ímpetus, 2006.

15 HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo e responsabilidad**. Trad. de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 191.

16 HASSEMER, Winfried. "¿Por qué e con qué fin se aplican las penas? (sentido e fin de la sanción penal)", *en Revista de Derecho penal e criminología, 2ª Época, n.3, p. 317-331*, UNED e Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 318.

mento de qualquer das funções declaradas da pena, posto que não serve à prevenção geral nem prevenção especial, mas a uma prevenção seletiva, com caráter frontalmente contrário aos objetivos preventivos especiais, já que rotula e vai contra a ressocialização[17]. A reincidência vem sendo inclusive extirpada como causa agravante genérica na legislação alienígena, tal como ocorreu na reforma de 1995 do Código Penal Espanhol[18].

Fixando, pois, atenção especificamente sobre os institutos da reincidência nos artigos 61, inciso I[19] e dos antecedentes no art. 59[20] do Código Penal, temos que ambos, em um primeiro momento, são vistos como institutos relativos ao sujeito, ao autor[21]. Contudo, não se pode perder de vista que mesmo estes aspectos da fixação da pena por força de princípio de culpabilidade **referida ao fato**, não podem perder de vista sua respectiva dimensão tática.

Isso quer dizer que a análise da reincidência não diz respeito unicamente à verificação de se o sujeito cometeu ou não o crime em um prazo de até cinco anos depois do cumprimento de pena por crime anterior[22], mas é

17 Veja-se, a respeito das funções gerais da pena no que tange à individualização desta, MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal...cit.*, p. 533-535.

18 A reforma do Código, e sua discussão, não fez mais do que acolher posição muito antes referendada pela imensa maioria da doutrina espanhola. Veja-se, a respeito, RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *In* CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO. **Comentarios al Código Penal.** Barcelona: Ariel, 1972, p.744; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 733; MIR PUIG, Santiago. *La reincidencia en el Código Penal*. Barcelona: Bosch, 1974, p. 546; COBO DEL ROSAL, Manuel e VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Derecho Penal**: Parte General. 4. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 815; MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal:** Parte General. 4. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 542 e BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de Derecho Penal***:* Parte General. Barcelona: Ariel, 1986, p. 376.

19 Art. 61: São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I – a reincidência. [...]

20 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 a reprovação e prevenção do crime:
I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;
II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
III – O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

21 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...cit.*, p. 577; GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** Parte Geral. Niterói: Ímpetus, 2005, p. 626. v. 1.

22 Art. 64, inciso I do Código Penal: Art. 64 - Para efeito de reincidência:
I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.

necessário analisar também qual foi a circunstância fática-histórica-social em que se deu o evento anterior e o novo evento criminoso, estabelecendo sua inter-relação sob o prisma criminológico. É preciso verificar não apenas as condições do sujeito, mas as suas condições em relação aos fatos e proceder uma análise da culpabilidade relacionando sujeito e circunstâncias fáticas, pois o que o homem é se traduz nele próprio e em suas circunstâncias[23].

Sendo assim, desde logo é possível notar que a reincidência, porque referida a culpabilidade e, logo, referida ao fato, não pode representar, por si só, uma parcela de pena autônoma de um novo fato criminoso, tal como ocorre em nosso sistema de fixação de pena. Esta condição inarredável será retomada adiante no âmbito das considerações propositivas, mas fica desde logo registrada como um dos problemas do campo legislativo.

No que refere aos registros criminais antecedentes, obviamente estes descrevem a história da relação entre o sujeito e o aparato persecutório e não pode ser considerado unicamente desde o ponto de vista do sujeito, vale dizer, comporta uma análise a respeito do histórico social de oportunidades do indivíduo e sua relação como sistema repressor. Mais que isso, ao afirmar o princípio da culpabilidade, o sistema jurídico-penal brasileiro consagra o princípio de inocência, afinal, se para punir alguém há de se demonstrar sua culpabilidade, enquanto isto não resta demonstrado, não pode existir o castigo. Logo, nenhuma pena pode decorrer de afirmações inseguras a respeito de culpa. Daí decorre o entendimento, que hoje começa a encontrar ainda tímida e indefinida acolhida jurisprudencial, de que não pode influir negativamente na pena do sujeito, a título de antecedentes criminais, um registro criminal que não implique em sentença transitada em julgado. A razão para tanto é obvia e decorre de análise criminológica relacionada à criminalização pelo estereótipo. É sabido que a atuação do subsistema policial e mesmo do subsistema judicial é movida por um padrão discriminatório voltado unicamente ao perfil do autor.

Ocorre que a nossa legislação determina, no artigo 59 do Código Penal que, ao lado de outros elementos de destacada importância, como a culpabilidade, os registros antecedentes, por si só, possam influenciar na pena base. O absurdo é tal que uma proposição sistematicamente seletivizante, gerada pelo próprio

23 No dizer de Ortega y Gasset, "yo soy yo y mis circunstancias".

mecanismo incriminador, acabe gerando castigo individual para o sujeito, como se ele próprio fosse o único responsável por sua – dos antecedentes - origem.

Este é, portanto, outro problema legislativo aqui meramente esboçado e que será retomado mais adiante em considerações críticas.

Antes, porém, é necessário demonstrar como um tema de tão evidente interesse e tão conflitivo, em face do modelo político inspirado pela Constituição Federal, tem gerado apenas uma confusa e tímida reação dos responsáveis pela criminalização secundária.

Os Tribunais vêm abrindo caminho no sentido de restringir a consideração a respeito dos antecedentes criminais, como elementos auxiliares na fixação da pena-base, àqueles casos em que os registros referem-se a situações onde já existe trânsito em julgado da sentença condenatória previamente ao fato praticado para o qual se fixa a pena[24]. No entanto, premidas

24 Por exemplo: PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBOS SIMPLES CONSUMADO E TENTADO. DOSIMETRIA DA REPRIMENDA. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES. AUSÊNCIA DE CONSIDERAÇÃO DE TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. SUPOSTOS MAUS ANTECEDENTES TOMADOS COM BASE EM PROCESSOS INSTAURADOS SEM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. EQUIVOCADOS ANTECEDENTES TAMBÉM CONSIDERADOS COMO PERSONALIDADE VOLTADA À CRIMINALIDADE. PERSONALIDADE QUE TEVE COMO BASE PRESUMIDOS CRIMES ANTERIORES. CONDUTA SOCIAL CONFUNDIDA COM MOTIVAÇÃO DO DELITO. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA NÃO-COMPROVADOS POR CERTIDÃO CARTORÁRIA JUDICIAL. CONFISSÃO CONSIDERADA PARA A CONDENAÇÃO. NECESSIDADE DA REDUÇÃO DA PENA PELA ATENUANTE GENÉRICA. CONCURSO FORMAL. UMA ÚNICA AÇÃO. DUAS VÍTIMAS. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, INCLUSIVE DE OFÍCIO.
A dupla consideração de um mesmo fato para circunstâncias judiciais diversas constitui odioso bis in idem, repudiado pela doutrina e jurisprudência. As decisões judiciais devem ser cuidadosamente fundamentadas, principalmente na dosimetria da pena, em que se concede ao Juiz um maior arbítrio, de modo que se permita às partes o exame do exercício de tal poder.
Inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes**,** má conduta social nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo.
Maus antecedentes e reincidência não-comprovados por certidão cartorária judicial não podem ser considerados para fins de fixação da pena.
Se a sentença considera as declarações do réu para a condenação, impõe-se a redução da pena pela atenuante genérica.
Se num único contexto duas pessoas têm seu patrimônio ameaçado, sendo que uma delas foi efetivamente roubada, configura-se concurso formal de crimes em sua forma homogênea.
Ordem parcialmente concedida para anular parcialmente o acórdão e a decisão de primeiro grau, no que se refere à dosimetria das penas; para reconhecer a existência da atenuante da confissão espontânea e, de ofício, excluir a agravante da reincidência e reconhecer a ocorrência do concurso formal entre os crimes de roubo tentado e consumado; penas reestruturadas. (HC 100848 / MS – Rel. Ministra JANE SILVA - SEXTA TURMA - 22/04/2008) e HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO QUALIFICADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. FUNDAMENTAÇÃO. INSUFICIÊNCIA. MAUS ANTECEDENTES**.** INQUÉRITOS E PROCESSOS EM ANDAMENTO. REINCIDÊNCIA RECONHECIDA SEM EXISTIR CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. IMPROPRIEDADE.

por coincidir, na seleção, com as hipóteses de reincidência, restringem os antecedentes aos casos de trânsito em julgado de sentença condenatória em que tal condenação seja prévia ao fato criminoso em estudo, porém, não seja caracterizadora da reincidência[25].

Desta sorte, as situações desvaloradas - sim, porque sempre negativas – resumem-se a casos que, contraditoriamente vão coincidir com situações em que a própria lei reconhece a possibilidade de reabilitação.

Diz o art. 94 do Código Penal:

> Art. 94. A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado:
> I - tenha tido domicílio no País no prazo acima referido;
> II - tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado;
> III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido,

INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2º, ALÍNEA C, E § 3º DO CÓDIGO PENAL. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

1. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão-somente, em referências vagas, sem a indicação de qualquer circunstância concreta que justifique o aumento, além das próprias elementares comuns ao tipo.
2. Para o reconhecimento da reincidência é necessário que o agente tenha cometido o "novo crime depois de transitar em julgado sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior" (art. 63, do Código Penal).
3. Na fixação da pena-base e do regime prisional, inquéritos e processos em andamento não podem ser levados em consideração como maus antecedentes, em respeito ao princípio da não-culpabilidade. Precedentes.
4. Favoráveis as circunstâncias judiciais, o julgador deve, quando da individualização da reprimenda penal, observar o disposto no artigo 33, § 2º, alínea c, e § 3º do Código Penal, que dispõe que "o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto".
5. A anotação de outros incidentes penais, à luz do princípio do estado presumido de inocência, nos termos do art. 44, do Código Penal, não obsta a concessão da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Precedentes.
6. Ordem concedida para, mantida a condenação, reformando o acórdão e a sentença condenatória na parte relativa à dosimetria da pena, fixar a pena-base no mínimo legal, excluir o aumento da pena pela reincidência, e estabelecer o regime aberto para o inicial cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente, bem como para determinar que seja examinada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, de conformidade com o disposto no art. 44, § 2º, do Código Penal. (HC 98843 / MG - 2008/0010586-7. Rel. Ministra LAURITA VAZ - QUINTA TURMA - 22/04/2008).

No mesmo sentido concorre parte da doutrina, como por exemplo, GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Niterói: Ímpetus, 2005, p. 626. v. 1.

25 Por exemplo, nos autos de apelação crime nº 427431-7, do Tribunal de Justiça do Paraná, julgados pelos acórdãos nº 22112 e 22358, da Segunda Câmara Criminal.

> ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.
> Parágrafo único - Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários.

A reabilitação visa, segundo a letra do artigo precedente (art. 93) assegurar o sigilo sobre os registros de antecedentes criminais do condenado e, até mesmo, na letra do parágrafo único, atingir os efeitos secundários da sentença condenatória, previstos no art. 92.

É sabido que não se trata simplesmente do objetivo de remover os registros criminais daquele que alguma vez foi apenado. Isto porque, o artigo 202 da Lei de execuções penais[26] prevê expressamente o sigilo dos registros do apenado **imediatamente** após o cumprimento da pena[27]. Por que então, haveria o apenado de aguardar dois anos para obter o mesmo benefício?

Nem se pode falar que se trata de uma sucessão legislativa, e que este elemento seria simplesmente tratado com mais detalhes em uma ou outra legislação. Isto porque ambos os dispositivos legais são da mesma época, vale dizer, foram instituídos em 11 de julho de 1984 e entraram em vigor na mesma data.

A reabilitação, portanto, não pode ter como pretensão somente a extinção dos registros criminais do condenado e, menos ainda se pode imaginar que o legislador tenha se ocupado inutilmente duas vezes do mesmo tema.

Penso que o item 83 da exposição de motivos do Código Penal nos dá uma pista a respeito dos fundamentos do instituto, ao mencionar que a declaração de reabilitação do condenado significa "que ele está em plenas condições de voltar ao convívio da sociedade, sem nenhuma restrição ao exercício de seus direitos".

Ou seja, no dizer de Fernando Galvão, "o instituto presta-se a fornecer meios para que o condenado possa reintroduzir-se na sociedade"[28]. No mesmo sentido a opinião de Cezar Bitencourt, para quem "trata-se de medida de *política criminal* que objetiva restaurar a dignidade pessoal e faci-

26 "Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei".

27 Nesse sentido o comentário de LOPES, Jair Leonardo. **Curso de Direito penal**: Parte Geral. 3. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 243, também BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...cit.*, p. 684.

28 GALVÃO, Fernando. **Direito penal**. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 799.

litar a reintegração do condenado à comunidade, que já deu mostras de sua aptidão para exercer livremente a sua cidadania"[29]. E, citando Maggiore, completa: "A reabilitação se assenta em razões de humanidade, enquanto auxilia o condenado, após a expiação ou a extinção da pena, a recuperar a reputação moral que lhe foi ofuscada pelo delito"[30].

Ora, o bom comportamento do sujeito há de presumir-se a partir da ausência de novas condenações. Por outro lado, o ressarcimento da vítima, somente é exigível quando efetivamente há vítima a ser indenizada (caso que não ocorre nas hipóteses de vitimização difusa) e ainda, quando é possível ao réu fazê-lo, fato raro diante do foco da clientela criminalizada.

Diante deste quadro, parece óbvio que, passados os dois anos da condenação, em noventa e nove por cento dos casos, há que se reconhecer a possibilidade de reabilitação. Este reconhecimento, aliás, é um dever do Estado, que programou através de sua legislação, uma fórmula para sua declaração oficial.

Ademais, veja-se que a natureza jurídica da decisão que reconhece a reabilitação é **declaratória**, posto que, declara que o sujeito encontra-se reabilitado. Reconhece-se, pois, sua condição de pessoa apta ao convívio social.

Então, resulta curioso que, exatamente aquelas situações que serão objeto de declaração do Estado de que o sujeito encontra-se novamente apto ao convívio social, sejam aquelas que os Tribunais vêm computando, em desfavor do sujeito, para a fixação de pena base, sob o epíteto – diga-se, sempre negativo – de "antecedentes criminais".

É curioso ver a postura das Cortes, reconhecendo situação em que teoricamente, até mesmo o reacionário Código Penal entende que o sujeito poderia ser considerado reabilitado e, portanto, socialmente reintegrado, como algo a contar em seu desfavor para o estabelecimento do *quantum* da pena.

O argumento de que o procedimento de reabilitação, não faz coisa julgada material reavivando os registros em caso de nova ocorrência criminal[31] não tem cabimento, posto que aqui não se está discutindo a forma procedimental do instituto, mas sim sua motivação de fundo, seus fundamentos. O mesmo Estado que declara que este sujeito está apto ao convívio

29 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...cit.*, p. 685.
30 Idem, p. 685.
31 Assim prevê o art. 95 do Código Penal.

social, se lhe recrudesce a pena em razão dos mesmos fundamentos.

A crítica aqui vai dirigida à pretensão não alcançada pelos aplicadores do direito, posto que, no legítimo afã de impedir uma penalização principiologicamente discriminatória, migram para outra que é não só principiologicamente, mas legislativamente discriminatória.

De outro lado, no que tange à reincidência, os Tribunais seguem reconhecendo e aceitando a possibilidade de que parte da pena derive especificamente desta condição[32] e, portanto, admitem sem pestanejar que a pena – afirmação de culpa - por um fato, em parte, derive de outro.

E aqui chegamos ao ponto-chave deste breve comentário. Diante das aporias constatadas é possível, legítimo, constitucional e obediente ao princípio de culpabilidade, a utilização dos antecedentes e da reincidência como elementos a serem considerados para a fixação da pena? Em caso positivo, como? Em caso negativo, por quê?

Bem. Em primeiro lugar, é necessário fazer as delimitações derivadas do princípio de culpabilidade. Ou seja, diante a ideia fundamental de que não pode haver pena sem formação da culpa pela via judicial[33], que nenhuma pena pode derivar de outra coisa que não a afirmação de que o sujeito contribuiu culpavelmente para a produção de um resultado penalmente desvalioso, não é possível utilizar, em nenhuma hipótese, registros criminais que não correspondam a efetivas condenações com trânsito em julgado, a efeito de fixação de pena. Em nenhuma das etapas da fixação.

32 RECURSO ESPECIAL. PENAL. RECEPTAÇÃO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PERSONALIDADE DO RÉU. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. APLICAÇÃO DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. NECESSIDADE DE APLICAÇÃO.
1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, inclusive a circunstância judicial da personalidade, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.
2. Nos termos do art. 61, inciso I, do Código Penal, a caracterização da reincidência implica em aumento da pena.
3. Recurso especial conhecido e provido.
(REsp 846418 / RS 2006/0111659-3 - QUINTA TURMA – Rel. Ministra LAURITA VAZ DJ 22.04.2008 p. 1)

33 Constituição Federal, Art. 5º - [...]
XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;
[...]
LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
[...]
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;
[...].

Ainda por afirmação da culpabilidade, porém, no sentido da afirmação da responsabilidade pessoal **pelo fato,** temos que não é possível estabelecer um quantum de pena por um fato criminoso derivado da incriminação por outro. Assim a situação descrita pelo artigo 61, inciso I, do Código Penal resulta absolutamente aflitiva do princípio de culpabilidade.

Do ponto de vista do que tem sido aplicado jurisprudencialmente, ou seja, do reconhecimento de registros antecedentes passíveis de reabilitação como elementos a serem sopesados em desfavor do réu na fixação da pena, também verifica, no mínimo, uma gritante incongruência, Isto porque se percebe o réu lançado em infindável confusão quando o sistema repressor afirma que o fato criminoso praticado pelo sujeito, cuja pena há muito foi cumprida, já não pode representar uma nódoa em seu passado para, em seguida, afirmar que diante de um novo fato criminoso, o anterior, já esquecido, há de ser retomado, no único afã de agravar-lhe a pena.

Resultam, pois, deste raciocínio, as seguintes conclusões prévias: I. O inciso I do art. 61 do Código Penal afronta a Constituição Federal, na medida em que esta consagra o princípio de culpabilidade. Deve, pois, ser afastado do ordenamento jurídico, menos por seu conflito com outra norma - ainda que hierarquicamente superior, porque constitucional - e mais porque violadora do princípio de culpabilidade, expressão penal do Estado democrático. II. A consideração a respeito dos antecedentes, como elemento individualizador da pena-base, há de excluir todas aquelas situações em que não tenha sido o réu condenado com trânsito em julgado, tendo em vista o respeito à acolhida constitucional da ideia de presunção de inocência, esta também derivada do princípio de culpabilidade[34]. III. É ilegal a utilização, em desfavor do condenado, a efeito de fixação de pena, dos registros de condenações precedentes, não configuradoras de reincidência. Isto porque uma providência assim contrapõe-se à proposta legislativa que fulcra o próprio sistema de penas, já que, uma vez reinserido socialmente o sujeito, a ponto for considerar-se criminalmente reabilitado, não é possível pretender uma distensão, à *posteriori*, de um desvalor social teoricamente superado.

O leitor mais arguto certamente já se deu conta, a esta altura, da consequência imediata da conjugação das três conclusões provisórias: o único elemento

34 Para mais detalhes sobre tal derivação veja-se nosso BUSATO, Paulo César e MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução...cit.*, p. 155.

possível de análise pelo julgador, no momento de fixação da pena, passa a ser o conjunto de condenações com trânsito em julgado, anteriores ao fato cuja pena se fixa, que não sejam suscetíveis de reabilitação. Ou seja, precisamente as hipóteses que configuram o que se denomina, hoje, reincidência.

No entanto, conforme também referido, a reincidência não pode configurar por si só, um quantum de pena, já que seria esta pena derivada do crime anterior, chegando a um insuportável *bis in idem.* Isto porque, uma fração da pena – aquela que equivale ao aumento proporcionado pela agravante genérica da reincidência – deriva **integralmente** de outro crime, cuja pena foi completamente cumprida pelo apenado.

Assim, o que resta é considerar tais hipóteses já não como configuradoras de reincidência, mas sim, de antecedentes, na forma do art. 59 do Código Penal, como circunstância judicial. Aliás, pouco importa o nome que se dê ao instituto, se reincidência ou antecedente. O importante é a transferência da análise para a sede das circunstâncias judiciais excluindo-a das circunstâncias legais. Isto porque, parece que somente ali poderá ser feita a correta análise da repetição recente da pratica criminosa segundo um perfil consentâneo com o princípio de culpabilidade.

É que, como mencionado, a análise de todas as circunstâncias do artigo 59, das circunstâncias judiciais, há de ser feita à luz do principio de culpabilidade, vale dizer, sendo tomado como filtro interpretativo o grau de responsabilidade da conduta.

Deste modo – e somente deste modo - é possível considerar que a situação de reincidência pode referir-se não só ao sujeito, mas aos fatos e às circunstâncias que o cerca, podendo avaliar concretamente o grau de reprovabilidade derivado desta reincidência, que não necessariamente pode conduzir a um aspecto negativo. É perfeitamente possível que o juiz se depare com uma pessoa conduzida à pratica da conduta cuja pena se trata de fixar-lhe, por força das limitações socialmente impostas à sua liberdade de escolha e a reincidência pode estar evidenciando a incapacidade do sistema de controle em promover a reinserção social deste sujeito. Em casos que tais, do mesmo modo com que se analisa a co-culpabilidade, a reincidência pode militar em favor de uma redução no índice de reprovabilidade da conduta e, consequentemente, do valor da pena-base. Isto porque, é necessário

reconhecer que se o sujeito passou pelo sistema penal e voltou a delinquir, aquele sistema certamente deixou a desejar em seu papel de reinserção social do sujeito, posto que o levou a reincidir. Quem há de negar a dessocialização como efeito da passagem pelo cárcere?

A ideia, quiçá nova em termos de proposição hermenêutica (no sentido de considerar a reincidência no âmbito das circunstâncias judiciais do art. 59, computada em favor ou contra o réu) já foi objeto de anterior preocupação, no que tange à sua origem. A esse respeito, é importante transcrever a opinião de Juarez Cirino dos Santos:

> É necessário reconhecer: a) se o novo crime é cometido após a passagem do agente pelo sistema formal de controle social, com efetivo cumprimento da pena criminal, o processo de deformação e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário deveria induzir o legislador a incluir a reincidência real entre as circunstâncias atenuantes, como produto específica da atuação deficiente e predatória do Estado sobre sujeitos criminalizados[35].

Sem partilhar precisamente a proposta do Prof. Juarez, parece correto, no entanto, reconhecer que, em sendo a reincidência associada à maior ou menor capacidade de escolha do sujeito entre a atitude de cometimento do crime ou não, a reprovabilidade de sua conduta – e, nesse sentido, a culpabilidade – estará determinada pela possibilidade ou pela limitação das possibilidades de escolha que o sujeito teve. Estas opções pessoais estarão vinculadas indissoluvelmente à atuação do Estado, tanto na medida em que este ofereceu possibilidades de desenvolvimento pessoal ao sujeito, quanto na medida em que se lhe as tolheu.

Deste modo, é somente no elenco das circunstâncias judiciais que pode a reincidência ser submetida à sensibilidade do juiz para dar-lhe a conotação adequada.

Assim, a proposta aqui lançada pretende avançar no sentido da aproximação entre os princípios limitadores e o próprio sistema penal, valendo-se da Constituição Federal como expressão legislativa do direcionamento programático dos sistemas de controle social a um modelo de

35 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: p*arte geral. Rio de Janeiro-Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2006, p. 570.

Estado Social e Democrático de Direito. Parece que a caminhada de vinte anos desde a chegada do diploma político há de servir de marco. Não de que a caminhada já foi feita, mas sim de que resta um longo trajeto a percorrer para o aperfeiçoamento dos ideais que a inspiram.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

BUSATO, Paulo César e MONTES HUAPAYA, Sandro. **Introdução ao Direito penal:** fundamentos para um sistema penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de Derecho Penal**: Parte General. Barcelona: Ariel, 1986.

COBO DEL ROSAL, Manuel e VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Derecho Penal:** Parte General. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

DIAS, Augusto Silva. "What if everybody did it?": sobre a (in)capacidade de 'ressonância' do direito penal à figura da acumulação. R**evista Portuguesa de Ciências Criminais**, n. 13, 2003.

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

GALVÃO, Fernando. **Direito penal.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho penal:** Introducción. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Niterói: Ímpetus, 2005. v. 1.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo e responsabilidad.** Trad. de Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HASSEMER, Winfried. "¿Por qué e con qué fi n se aplican las penas? (sentido e fi n de la sanción penal)". **Revista de Derecho penal e criminología, Madrid**, v. 2, n. 3, p. 317-331, UNED e Marcial Pons, 1999.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. **Tratado de Derecho Penal.** 5. ed. Trad. de Miguel Olmedo Cardenete,Granada: Comares, 2002.

LOPES, Jair Leonardo. **Curso de Direito penal.** Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal.** 3.ed. Trad. Antonio Quintano Ripollés, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957. t.2.

MIR PUIG, Santiago. **La reincidencia en el Código Penal.** Barcelona: Bosch, 1974.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal. Parte General.** 5. ed. Barcelona: Reppertor S. L., 1998.

MOURA, Gregore. **Do princípio da Co-culpabilidade.** Niterói: Ímpetus, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal:** Parte General. 4. ed.,Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal:** Parte General. 7.ed.,Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. **Manual de Derecho Penal:** Parte General. Pamplona: Aranzadi, 1999.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. **In CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO.** Comentarios al Código Penal. Barcelona: Ariel, 1972.

ROXIN, Claus. **Derecho penal.** Tradução Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:** Parte Geral. Rio de Janeiro-Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal Contemporáneo.** Barcelona: Bosch, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro.** 5.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

Correspondência | Correspondence:

Paulo César Busato
Ministério Público do Estado do Paraná – MPPR, Marechal Hermes, 751, Centro Cívico, CEP 80.530-230. Curitiba, PR, Brasil.
Fone: (41) 3250-4000.
Email: pbusato2005@yahoo.com

Recebido:17/03/2010.
Aprovado: 21/03/2010.