

AS MARCAS DO SISTEMA: O USO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS NA SELETIVIDADE PENAL (The marks of the system: the use of criminal records in the penal selectivity)

Nathalia de Biase Mulatinho¹ e Higor Alexandre Alves Araújo²

Resumo.

O presente artigo tem o objetivo analisar como opera a seletividade do Sistema Penal, notadamente através da utilização os antecedentes criminais. Conhecer os claros recortes preordenados não é suficiente ao que ora se propõe, de modo que uma lupa mais forte há de ser requerida. Diante dessa perspectiva, é premente a necessidade do olhar para as ferramentas como essas a fim de compreender a operatividade desse sistema que pune o autor em detrimento do delito, e que tem atuado com o objetivo de recolher apenas determinada população ao cárcere. Revestir-se de legalidade, principalmente através de instrumentos como os antedecentes, é uma das fontes de que tem se valido o Sistema Criminal para esconder suas verdadeiras intenções – aquelas não declaradas.

Palavras-chave: Seletividade; deslegitimação; antecedentes criminais; direito penal do autor.

,Abstract. This article aims to analyze how operates the selectivity of the penal system, notably by using the criminal record. Knowing the clear foreordained cuts is not enough to what is now proposed, so that a stronger magnifying glass is to be required. Given this perspective, there is a pressing need to look at tools like these to understand the

¹ Graduanda do curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. E-mail: nathalia.mulatinho@gmail.com.

² Graduando do curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. E-mail: higoralexandre007@gmail.com.

operability of this system that punishes the author at the expense of the offense, and has acted in order to collect only certain people to jail. Seems to be legal, mainly through instruments such as criminal record, is one source that has been worth the Criminal System to hide their true intentions - those which are not declared.

Key words. Selectivity; lack of legitimacy; criminal record; criminal law of the author.

INTRODUÇÃO

Colocar-se diante de uma perspectiva crítica a respeito do Sistema Penal é olhar para um conjunto de formulações de poder que se retroalimentam e que, de maneira não muito positiva, reforçam determinados estigmas e condicionamentos sociais, de modo a perpetuar as noções de dominação pré-estabelecidas.

Questionar-se a respeito desses elementos é correr o risco de aventurar-se em terras sensíveis ao olhar. Isso porque, ao passo que se deseja percorrer os caminhos através dos quais o Sistema Penal é capaz de criar a realidade sobre a qual deseja incidir, faz-se possível desmascarar os instrumentos perversos de poder utilizados para tal. O Sistema Penal, na ótica de ZAFFARONI (1991), é ilegítimo não apenas porque realiza esse tipo de estratégia, mas porque, e principalmente, já nasce falido.

É de se notar que existem ferramentas utilizadas pelo Sistema Criminal, e em especial pelo Direito Penal, através das quais sutilmente se introduzem os pressupostos ideológicos daqueles responsáveis por pensar e aplicar esse saber produzido. Uma delas, e que fora escolhida como abordagem para esse artigo, é a noção de que, na *práxis*, se faz necessário o acostamento dos antecedentes do autuado ao início da ação penal, tolhendo-lhe, inclusive, a aquisição de direitos subjetivos que lhes são devidos, quando, pela Dogmática Processual Penal Brasileira, esse elemento apenas deveria ser interessante na dosimetria da pena – ou seja, quando da condenação. Essa necessidade acaba por se apresentar como um coeficiente deslegitimador do Sistema Penal, já que não respeita os princípios legais e visa apenas ao encarceramento de uma determinada classe de indivíduos.

A DESLEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL: ENTRE IMPOSSIBILIDADES E MENTIRAS

Os saberes, quaisquer que sejam as áreas de conhecimento a que se dedicam, esforçam-se em produzir subsídios de fundamentação capazes de conferir às afirmações construídas o caráter de legitimidade necessário. Nenhuma ciência, nenhum estado de saber, pode ter força teórica e social se não for capaz de fornecer aos indivíduos que dela disporão da certeza de que se está diante de uma verdade basilarmente constituída.

Assim o é com o Direito e com todas as demais estruturas de poder que o compõem, em especial, o Direito Penal. Não haveria como se pressupor a imposição de

uma determinada conformação comportamental não fosse através da noção de que se está diante de uma teorização perfeita o suficiente para ser aceita por todos os indivíduos de um ordenamento jurídico. A força de uma estrutura de regulação social está, pois, no interior do pensamento daqueles que a instituem.

Ante as formulações trazidas pelo penalista argentino Eugenio Raul ZAFFARONI (1991), há que se entender que o Sistema Penal, como exercício de poder, tem como imprescindível a consolidação de sua legitimidade. Por ser esta a característica outorgada pela racionalidade, esse sistema busca na construção teórica do discurso jurídico-penal a razão necessária.

Essa racionalidade, contudo, precisa de seu próprio arcabouço teorizante, de modo que angarie força suficiente à concessão da legitimidade do Sistema Penal. ZAFFARONI (1991) diz serem a coerência interna e o valor de verdade quanto à operacionalidade do discurso jurídico-penal os elementos imanentes à racionalidade pretendida.

Da coerência interna, se depreende não apenas a necessidade de serem os enunciados não contraditórios entre si, mas também da premência de que a ordenação discursiva encontre, no seio social, a fundamentação (antropológica) de que precisa.

Quanto à verdade, é de se entender que o que a racionalidade espera é que o discurso jurídico-penal seja entendido como o meio ideal de alcance dos objetivos a que se propõe, bem como possa se fazer efetivo no âmbito concreto. No entanto, não se pode olvidar do fato de a verdade não ser algo que se pode depreender, *prima facie*, das elaborações sociais. A verdade é produzida e sua produção é ordenada pelos agentes de poder da sociedade a que ela será imposta. Dizer que o Direito é o meio ideal para os fins pretendidos, bem como é eficaz em sua tarefa, nada mais é do que a promulgação de expedientes retóricos imanentes a sua manutenção. Falar da verdade não é encontrá-la.

A partir de tais critérios é que se monta o discurso jurídico-penal, que a professora Vera ANDRADE (2012, p. 134) chama de “*eficácia simbólica*”, o qual busca legitimar a construção e atuação do Sistema Penal como um dos sistemas de controle social. Em suma, a função declarada desse sistema é a proteção dos bens jurídicos essenciais aos cidadãos, através do combate à criminalidade, instrumentalizado pela pena e sua tríplice função, tudo dentro de rigorosos princípios penais e processuais penais liberais que impediriam o afã punitivista do Estado.

Em verdade, a deslegitimação do sistema penal reside justamente na impossibilidade de cumprimento da função declarada. A eficácia simbólica mínima cede à eficácia real do sistema penal que, ao invés de combater a criminalidade como dado ontológico, a produz, selecionando certos estratos sociais para incidir, estigmatizando quem sofre os processos de criminalização (ANDRADE, 2012, p. 135-136). Ou seja, a função declarada é mentirosa e infundada, não podendo, portanto, ser legítima.

A farsa da legitimidade se desmonta. A fundamentação antropológica está desguarnecida de verossimilhança já que, ainda que não confesse, o Sistema Penal avança em direção a classes de pessoas com o desejo punitivo enquanto desdobra-se na proteção de outras de maneira inconteste. Os bens jurídicos a serem protegidos estão ordenados a partir da classe de pessoas que os detém. O Direito, que deveria servir a todos os indivíduos, serve apenas a alguns – marginalizando e flagelando, de maneira exaustiva, muitos outros.

Estando, pois, carente da legitimidade a qual, teoricamente, se diz submeter, o Sistema Penal, quase que em atitude de autopreservação, lança mão de outros expedientes. Nesse ponto, entra a noção de legitimidade através da persecução do princípio da legalidade. O positivismo, com grande força, faz-se presente ao dizer que, dentro do circuito jurídico, é legítimo aquilo que segue as regulações legais, cujos processos de produção foram previamente estabelecidos e ordenados. E ainda: “a operacionalidade real do sistema penal seria ‘legal’ se os órgãos que para ele convergem exercessem seu poder de acordo com a programação legislativa tal como expressa o discurso jurídico-penal” (ZAFFARONI, p. 21).

Dizer isso é ter em mente a noção de que, como expressão de poder de uma moral vencedora, o Sistema Penal, dentro do qual, por óbvio, está o Direito Penal, regula-se menos pelas determinações normativas previamente formuladas do que pelos mecanismos paralelos de separação social. Estes nada mais são do que as “forças” de poder espalhadas pela sociedade, diante das quais se curvam algumas instituições sociais (podendo ser enumeradas algumas, senão todas, as ciências, bem como a imposição jurídica).

A máscara da legalidade parece apenas servir à elaboração do aparato de legitimidade, mas sem a menor intenção de se fazer fiel aos próprios enunciados. O mito de legitimidade se desfaz frente a constatação de que o Sistema Penal é puramente seletivo (em recortes de cor, classe e gênero), além de fortemente ligado à manutenção

do *status quo* de determinados mecanismos de opressão sociais. Isso porque, ainda que se diga legítimo por guiar-se pelos caminhos traçados pela legalidade, o Sistema Penal se exime de aplicação em determinados casos, deixando que os conflitos sejam resolvidos em outras esferas (como a administrativa) – o que apenas é um problema pelo fato de que não são todas as pessoas que se veem “gratificadas” por esse afastamento penal. É por se afastar da legalidade que o Sistema Penal, novamente, se mostra deslegitimado.

Este âmbito, no qual a própria lei renuncia aos limites da legalidade, em que desaparece qualquer função garantidora dos tipos penais e do qual se exclui a intervenção normal dos órgãos judiciais, é a base indispensável para que possa operar o verdadeiro exercício de poder do sistema penal, ou seja, para que opere o poder configurador dos órgãos do sistema penal e para que só eventualmente se possa exercer uma repressão maior que a autorizada nos casos supostamente reservados ao discurso jurídico-penal. (ZAFFARONI, 1991, p. 32).

Significa dizer que, para além da repressão punitiva (da qual o Sistema Penal abre mão por algumas vezes), é de se levar em consideração que o discurso jurídico-penal é capaz de “contaminar” diversas outras esferas de controle social, de maneira que a verdadeira força de conformação comportamental deste instrumento de poder não só é verificada no cárcere, mas na sociedade voltada a ele.

Acaba que, mesmo estando situado num falso arcabouço, o Sistema Penal é forte o suficiente ao ponto de ser interiorizado em outras áreas do conhecimento, imiscuindo a tal ponto no ideário popular que se faz, praticamente, impossível questioná-lo ou oferecer alternativas a ele.

TODOS ERRAM, ALGUNS PAGAM: A SELETIVIDADE DO SISTEMA CRIMINAL

Dentre as inúmeras facetas dessa farsa, é possível trazer o modo como os indivíduos são marcados na sociedade de maneira, praticamente, irreversível. Alguns estratos sociais são vistos, desde sempre, como possíveis ameaças à “ordem”. Em outras palavras, alguns indivíduos, especialmente escolhidos pelo Sistema Penal, estão marcados com a ideia de que serão possíveis transgressores do sistema instituído, de modo que sua contenção precisa ser constante e permanente.

Olhar para algumas pessoas como sendo propensas à criminalidade é afirmar o perigo que é tê-las, por exemplo, transitando livremente por entre os espaços sociais. E se elas não podem ser livres, o cárcere parece lhes ser o lugar mais apropriado. Na

verdade, este sistema não tem parecido apresentar outra função a não ser servir à contenção de parcelas de indesejáveis sociais – como um dia o fez o manicômio na visão de Michel FOCAULT. E, com muita propriedade, disse-nos este autor: “acredita-se acabar com a miséria pondo para fora do circuito e mantendo, pela caridade, uma população pobre. Na verdade, mascara-se artificialmente a pobreza, e na verdade se suprime uma parte da população” (FOCAULT, 1978, p. 488). Faz sentido pensar a partir de noções como essas, rapidamente trazidas à baila, já que refletem a verdadeira face da institucionalização, pelo poder, dos flagelos.

A ideia da seletividade perpassa a noção de que, em não sendo capaz de abarcar a totalidade das ações meramente delitivas, o Sistema Penal precisa de mecanismos capazes de construir a imagem de que se trata de uma sistemática legítima, válida e eficaz. O “caminho mais curto” para o alcance dessa afirmação impossível é o que vigora atualmente: o sistema seleciona parcelas não queridas pela sociedade, fazendo uso delas como único alvo de repressões. Incidindo seletivamente e contendo essas pessoas, a atuação do Sistema apresenta-se com a aparência de funcionabilidade real. Essas parcelas estão claramente delimitadas pela prática do sistema criminal. Ela pode ser visualizada, de maneira mais latente, ao se voltar o olhar para o cárcere brasileiro. Não é a toa que ele é composto, quase que em sua totalidade, por pessoas negras advindas dos estratos de classe mais inferiores.

Através de um discurso posterior, tem-se a ideia de que os objetivos da repressão (como o é a segurança pública) estão sendo alcançados. Ainda que se não busque solucionar problemas como a criminalidade na sua gênese, e que não esteja nem perto de alcançar os escopos a que se propõe, o discurso criminal está repleto de “bem sucedidas” investidas em busca da pacificação social.

Mas não é só isso: essa seletividade tem o condão de reforçar estigmas concebidos em épocas mais antigas (mas nem tão distantes). A repressão estatal incide de forma claramente concentrada e atinge a parcela marginalizada da sociedade: composta por pessoas jovens, negras e pobres – marcadas e diminuídas por essas marcas desde seu nascimento, entendidas como perigo, ainda que nada tenham cometido. É quando se entende que o crime pode ter sido nascer.

Nesse contexto, quando se apresenta o viés criminológico de que *todos* cometem crimes, ou são vítimas, a seletividade se apresenta como uma maneira de o sistema penal encobrir sua ilegitimidade. Escolhendo certas pessoas para criminalizar, impõe à sociedade a impunidade e imunidade como regra.

O *modus operandi* da realidade do sistema penal é perversa e passa por três fases de criminalização: a construção dos tipos penais; a seleção dos que serão punidos por cometerem tais atos (à revelia de muitos destes atos serem cometidos por todos); e a estigmatização pela prisão, que por vezes se torna perpétua – inclusive com a constância na folha de antecedentes - o que poderá influenciar em todo o futuro do apenado (ANDRADE, p. 136).

E porque estigmatizados, esse indivíduos contribuem para a construção da imagem da criminalidade. Os jovens negros e pobres são “a cara do crime” porque é assim que o Sistema os institui. Uma profecia autorrealizadora.

O DIREITO PENAL DO AUTOR E SUA ILEGITIMIDADE

Se, hodiernamente, o Direito Penal tomou sobre si a capa do Estado Democrático de Direito – ao menos nos Estados que se (auto)incluem em tal categoria –, em séculos passados, seu desenvolvimento teve vieses claramente antidemocráticos, seletivos e segregacionistas. Teóricos de certas escolas criminológicas não poupavam esforços para legitimar o uso do Direito Penal como um sistema de controle social sobre certos setores da sociedade.

A teorização, que surge nesse desse entendimento, alcunhada de Direito Penal do Autor, não é nova. Na verdade, pode ser considerada uma amálgama de construções teóricas em que o poder punitivo estatal é autorizado a incidir sobre o *autor* em sua *personalidade*, levando esta em consideração, e não somente sobre o autor no que tange ao ato imputado como crime cometido por ele. Desta feita, o Direito Penal não busca castigar o ato, mas a suposta personalidade perversa do agente (BRUNONI, 2007).

Se a Escola Iluminista quis se racionalizar e restringir o poder punitivo estatal ao ato do agente – já que o Direito Penal tem por objetivo-mór o *controle* do poder punitivo do Estado, não seu incremento –, a posterior Escola Positivista guinou em sentido contrário. Cesare LOMBROSO é considerado pioneiro de tal Escola e representa, em suas ideias, o que há de mais estarrecedor da mentalidade criminológica da época. Para o italiano, características físicas revelariam que pessoas são *más* e *criminosas* (BRUNONI, 2007). Os atos criminosos cometidos são escamoteados em nome da dita personalidade perversa do agente – sua *periculosidade*.

Por punir a pessoa e não necessariamente o seu agir, o Direito Penal do Autor, fere fortemente o princípio da culpabilidade - crucial em Estados Democráticos de Direito. O conceito normativo de culpabilidade, insculpido no brocardo *nullun crimen sine culpa*, é a reprovabilidade do injusto ao autor (ZAFFARONI, 2011). Ou seja, a reprovação recai sobre o ato cometido em relação ao autor, não sobre a personalidade deste.

Apesar de ser rechaçado pelo Direito Penal Democrático, o Direito Penal do Autor ainda apresenta grandes resquícios na legislação penal brasileira – em realidade, na grande maioria das legislações penais periféricas. A disposição normativa mais representativa de tal senda, constante em nosso Código de 1940 – reformado em 1984 –, é o seu artigo 59. Ordena-se que o juiz deverá fixar a pena-base de acordo com uma série de circunstâncias, cuja maioria tem relação com a personalidade e modo de agir do processado, não especificamente com o ato cometido.

Ao que a seletividade do Sistema Penal realiza na atuação concreta sobre a sociedade, o Direito Penal do Autor – e seus resquícios em um Estado que se diz de Direito e Democrático – tenta jogar luzes de legitimidade teórica. Certas pessoas, por sua personalidade e anteriores relações com a justiça criminal, merecem uma reprovação maior em sua conduta. Não pela conduta em si, mas por ser *quem são*.

No rol do artigo 59 do Código Penal Brasileiro, destaca-se a figura central deste trabalho: os antecedentes criminais. A prática jurídico-penal dá enorme valoração e valorização a tais dados da realidade – quase sempre para aumentar a pena-base do processado. O uso dos antecedentes criminais é controverso, mas, *mutatis mutandi*, a utilização é a mesma: lançar *marca* sobre quem o sistema penal seleciona para passar pelos seus mecanismos. E mais fortemente: lançá-la a todo momento.

UMA MARCA INDELÉVEL: OS ANTECEDENTES CRIMINAIS COMO SINAL DA SELETIVIDADE PENAL

O Sistema Penal se revela importante ferramenta de perpetuação dos modelos de opressão baseados na cor e na classe a que os indivíduos foram enquadrados. A seletividade, no entanto, não é declarada. Assim como todas as farsas do Sistema Criminal, ela se reveste de aparente “regularidade” ao se valer de instrumentos notadamente dogmáticos. É, nesse sentido, que se observa a utilização dos antecedentes

criminais, no início da ação penal, como modo de contenção no cárcere de uma população que já é previamente entendida como pertencente à privação de liberdade.

O que tem acontecido, na *práxis* jurídica, é a criação da necessidade de uma “desculpa suficientemente coerente” para a perpetuação da ideologia seletiva do controle social. Como se não bastasse a ciência de que as investidas policiais estão, na maioria das vezes, despidas de qualquer base legal e de respeito dos direitos humanos, o Ministério Público faz uso da ficha de antecedentes criminais como fundamentação para a negativa de concessão de liberdade provisória de indivíduos “autuados”. Isso quer dizer que os antecedentes passam a ser considerados não apenas quando do aumento da pena-base, mas em outras situações não típicas.

Tangenciando a dogmática penal, o artigo 312 do Código de Processo Penal traz como elementos que permitem a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva: a garantia da ordem pública, da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal, ou a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Mediante a observância de qualquer um deles, indefere-se o pedido de Liberdade Provisória.

O que se nota é que, diante da aberta textura linguística de cada uma dessas expressões, a negação da liberdade acaba podendo ser baseada em quaisquer indícios visualizados pela Promotoria, estando o indivíduo completamente aprisionado por características das quais não pode dispor. Não se trata de comportamento agressivo, ou da negativa em contribuir com o curso processual, mas o simples fato de que estar solto significa uma afronta à ordem social. O pensamento parece ser o que de “um jovem negro tem chances em demasia de cometer ilícitos penais, melhor garantir sua prisão porque, ainda que ele não tenha nenhum envolvimento com o crime pelo qual fora levado ao cárcere, posteriormente algo de errado ele faria”.

E, ainda, utilizar-se da presença de antecedentes criminais (que muitas vezes são apenas passagens pela polícia) para ratificar a necessidade da privação de liberdade é afirmar que “mesmo que não tenha cometido o presente crime, o fato de este indivíduo haver transgredido anteriormente a lei é um motivo para mantê-lo encarcerado”.

Essa lógica é traduzida pelo interacionismo simbólico.

A tese central desta corrente pode ser definida, em termos muito gerais, pela afirmação de que cada um de nós se torna aquilo que os outros veem em nós e, de acordo com esta mecânica, a prisão cumpre uma função reprodutora: a pessoa rotulada como delinquente assume, finalmente, o papel que lhe é consignado, comportando-se de acordo com o mesmo. Todo o aparato do sistema penal está preparado para

essa rotulação e para o reforço desses papeis. (ZAFFARONI, 1991, p. 60).

Dessa maneira, o uso dos antecedentes é não só uma forma de recolhimento ao cárcere, como uma manobra para o fomento da mentalidade através da qual se aprofunda o controle interno dos indivíduos, no sentido de que, ao passo que estão constantemente sob a lupa do Sistema Punitivo, passam a entender-se como pertencentes a essa lógica, chegando não necessariamente ao cometimento de crimes, mas certamente fortalecendo a identidade do “criminoso” temido por estratos sociais centrais.

O que se tem, portanto, é que a polícia, vazia de significados porque violadora de direitos e deveres, diuturnamente, retira do convívio social indivíduos que, aparentemente, envolveram-se em práticas delitivas. Levada ao crivo do Ministério Público, essa atuação é ratificada porque se lê aquele indivíduo como merecedor da violência estatal. Como não existem, em tantas vezes, critérios objetivos referentes à apreensão, vale-se o *Parquet* da escusa dos antecedentes, de modo que se legitimam todas as violações impetradas ao suspeito/autuado/denunciado.

Dessa forma é que os antecedentes criminais são a formalização da estigmatização da função real do Sistema Penal. Não basta a marca real e psicológica da passagem pelo sistema prisional; deve-se registrar num banco de dados que já se criminalizou o indivíduo para conhecimento praticamente “*erga omnes*”. Como não têm limites legais delimitados, os maus antecedentes criminais perseguem o indivíduo para sempre (BRUNONI, 2007). Tomam conta de sua personalidade; compõem seu papel social. “Ex-presidiário”. Inclusive, se o poder punitivo do Estado incidir sobre ele, novamente, os maus antecedentes – circunstâncias totalmente alheias ao ato cometido – serão levados em conta antes, durante o processo e na decisão.

Facetas perversas de um direito penal muito distante da Democracia e da dignidade da pessoa humana: a seletividade da prática real do sistema penal e resquícios do Direito Penal do Autor se imiscuem na *práxis* jurídica do uso dos antecedentes criminais (principalmente da reincidência, que lhe é próxima) – mormente no Direito Penal Brasileiro, com o permissivo do artigo 59 do Código Penal.

Primeiro, eles são selecionados. Depois, encontram-se desculpas para tal seleção. São os antecedentes que garantirão a eterna marca de quem foi uma vez selecionado pelo sistema penal.

“MEU PASSADO ME CONDENA”: USO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS NA DOGMÁTICA PROCESSUAL PENAL

Doutrina e jurisprudência penais são quase unânimes no uso da circunstância judicial que são os antecedentes criminais: *in malam partem*. Estes, quando maus – se é que existem os bons –, servem, por exemplo, para aumento da pena-base. Os antecedentes criminais são mais um ônus sobre o processado, que será cobrado no futuro, seja durante o processo criminal ou na dosimetria da pena.

O conceito de antecedentes, contudo, é vago. Utilizado várias vezes no Código Penal e de Processo Penal, referem aos *relacionamentos* anteriores que o imputado/processado/agente possa ter tido com a justiça criminal (PEREIRA e FONSECA, 2010). A extensão desse conceito, todavia, é objeto de intensos debates entre doutrinadores e na própria jurisprudência.

Robusto setor da doutrina penalista afirma ser *toda e qualquer* relação anterior que o processado tenha com a justiça criminal. Isso inclui, além das sentenças condenatórias transitadas em julgado inábeis para caracterizar reincidência, os processos em aberto, os inquéritos policiais, os boletins de ocorrência e, inclusive, as sentenças de absolvição (PEREIRA e FONSECA, 2010).

Já outro setor, mais alinhado com um Direito Penal Democrático, afirma que somente sentenças transitadas em julgado que não ensejam reincidência são consideradas para efeito de antecedentes criminais. Inclusive, alguns julgados limitam a perpetuidade do uso desses precedentes ao mesmo tempo do uso das sentenças para efeito de reincidência – cinco anos.

A polêmica chegou ao Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento do Recurso Extraordinário 591.054, se inclinou para a segunda opção: inquéritos e ações penais sem trânsito em julgado não podem ser usadas como maus antecedentes na dosimetria da pena. O resultado não foi unânime, tendo sido vencidos quatro ministros do Excelso Pretório.

Se mantido o entendimento do STF, a utilização dos antecedentes feita, atualmente, pelo Ministério Público não pode ser aceita. Vedar a concessão de liberdade provisória, mesmo antes de instaurada a denúncia, pelo fato de o atuado ostentar passagens pela polícia, é utilizar-se de maneira extrapolada. Nesse diapasão, o

encarceramento pela ótica da periculosidade subjetiva do autuado dificilmente será apresentada.

O Código de Processo Penal permite que a autoridade policial, ao saber do cometimento do ato criminoso, possa identificar criminalmente o indiciado e juntar sua folha de antecedentes. O objetivo é saber quem é o indiciado, inclusive se já passou pelo sistema criminal – o que poderá favorecer a comprovação de sua autoria no inquérito policial. No entanto, não é difícil perceber a função dessa identificação como uma marca: se apenas ela é suficiente à contenção do indivíduo, não há como se negar seu papel selecionador.

UMA MUDANÇA É POSSÍVEL?

Buscar soluções aos graves problemas aqui apresentados – que são somente uma faceta de toda a querela da deslegitimação dos sistemas penais – é tarefa árdua, cuja dificuldade aumenta em virtude de se ter que remar contra a maré da ideologia penal dominante - entre os juristas, o senso comum e a opinião pública(da) (ANDRADE, 136). A doutrina penalista costuma advogar pelo aumento da culpabilidade do agente que já tenha passado pelo sistema criminal em virtude de se provar que a reprimenda anterior não teve efeito.

Um triste pensamento que só se justifica em virtude da ilusão proposta pelo sistema penal, através do discurso simbólico de suas funções declaradas. Como diz acertadamente a professora Vera Regina P. ANDRADE (2012), a perpetuação do ilusionismo se dá pelo funcionamento ideológico do sistema – o que é incrível. ZAFFARONI (1991) faz uma analogia fantástica sobre a ilusão no sistema punitivo: ninguém compraria a planta de um apartamento de uma construtora falida, mas a sociedade compra o discurso irrealizável do Sistema Penal.

Advogar pela estrita utilização da *culpabilidade pelo ato* é discordar inclusive de renomados penalistas que, fechando os olhos para a Constituição Federal, defendem, ao menos, uma “miscelânea” entre a culpabilidade do ato e do autor. Contudo, o princípio da culpabilidade exige que se faça uso somente das considerações acerca do ato imputado como crime cometido pelo agente, e não das características deste que não tenham quaisquer relações com a(s) conduta(s) nuclear(es) do processo penal.

Ou seja, caso se queira um Direito Penal que realmente respeite o princípio da culpabilidade, a dignidade da pessoa humana e impeça o poder punitivo estatal de ultrapassar os limites das garantas individuais, deve-se abolir o uso dos antecedentes criminais e, por tabela, da reincidência (que podem ser consideradas as maiores chagas do modelo penal garantista moderno – SALO DE CARVALHO *apud* BRUNONI, 2007) em seu uso *in malam parte*. O abandono da cultura da criminalidade exacerbada é primeiro passo para a superação de um sistema penal deslegítimo (ZAFFARONI, 1991, p. 96).

Contudo, tal mudança depende de prévia guinada legislativa, o que pode ser penoso, já que a cultura da criminalidade, além de estar enraizada nas mentes mais *cultas*, concede àqueles que dela fazem uso um grande coeficiente eleitoral – a luta contra a criminalidade como algo externo à sociedade garante a eleição de inúmeros parlamentares. Esperar que haja inclinação para um direito penal humanista e que se percebam as verdadeiras causas da violência é ingenuidade. Então, cabe ao jurista que anseia a adaptação do Direito Penal ao Estado Democrático de Direito fazer uso das ferramentas que a dogmática e a hermenêutica lhe dão.

Assim, ZAFFARONI e PIERANGELI (2011, p. 710-711) propõem utilização diversa daquela proposta por grande parte da doutrina no que tange às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal. Elas, na verdade, seriam como *minorantes* da culpabilidade do autor, não como *majorantes*. As considerações preventivas oriundas da disposição normativa somente permitiriam que o juiz – após fixar a pena-base, com fulcro na *culpabilidade (de ato)* do processado – o poder de diminuí-la ou, ao menos, mantê-la. Escrevem os autores:

Insistimos aqui ser inaceitável a culpabilidade do autor. A maior ou menor “adequação” da conduta do autor, ou “correspondência” com a personalidade deste, em nenhum caso pode fundamentar uma maior culpabilidade, e, no máximo, deve servi para não baixar a pena do máximo que a culpabilidade de ato permite, que é algo diferente.” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p. 711).

Um direito penal liberal, humanista e sintonizado com a Carta Magna de 1988 é construído nessa maneira³. É lamentável, contudo, que enquanto o mundo anseia por

³ Tal uso *in bonam parte* dos antecedentes criminais já foi adotado por precedentes de algumas cortes estaduais, como os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação Criminal nº 70000907659, DJ 15/6/2000) e do Espírito Santo, que reproduzimos *in verbis*:

“APELAÇÃO CRIMINAL MAJORAÇÃO DA PENA-BASE - IMPOSSIBILIDADE - PROCESSOS E INQUÉRITOS EM ANDAMENTO - MAUS ANTECEDENTES - INEXISTÊNCIA - PERSONALIDADE VOLTADA PARA O CRIME - ANÁLISE DA PERSONALIDADE DO AGENTE

ares de um Estado Social, o discurso jurídico-penal ainda esteja necessitado de bases liberais.

Extinga-se o uso dos antecedentes criminais e da reincidência; enquanto não, que se utilizem somente *in bonam partem* ou, ao menos, que sejam indiferentes ao agente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cientificar-se da ousadia de que se vale o Sistema Criminal para manipular todo um contexto social é o primeiro passo para o enfrentamento. Este, por sua vez, tem-se feito cada vez mais urgente: permitir o ciclo retroalimentado de deslegitimações não é uma escolha.

Diante das noções de seletividade penal e manipulação da realidade através do discurso, é possível que se delineiem percursos combativos em relação à materialização das mais insustentáveis opressões sociais. O Sistema Criminal, como aparente fim em si mesmo, não tem se mostrado capaz de afastar-se das ilegítimas circunstâncias sociais que cria, tampouco parece preocupar-se com os resultados danosos de sua aplicação.

Não é apenas pelo fato de existir um sistema que se vincula à punição, ou de serem bastante extensos os limites de sua aplicabilidade, mas, também, pela carência de fundamentos suficientes para tal. O sistema é opaco e insensível. Não há que se pensar num instrumento para pessoas sem que subjetividades sejam consideradas.

A utilização dos antecedentes criminais – seja para fixação de maior da pena-base, quando da dosimetria, ou para a manutenção de prisões excepcionais no processo penal – é uma afronta a todos os direitos e garantias individuais conquistados desde as revoluções liberais. Um Estado Democrático Social de Direito jamais deveria admitir requisitos que propõe a volta do autoritário Direito Penal do Autor, vilipendiando o princípio da culpabilidade.

SOMENTE PARA BENEFICIAR O RÉU - AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA ANALISAR A CONDUTA SOCIAL DO ACUSADO - PENA MANTIDA NO MÍNIMO LEGAL - PREPONDERÂNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Ações Penais em andamento e Inquéritos Policiais instaurados não configuram maus antecedentes, em respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência até o trânsito em julgado da condenação. 2. *A personalidade do agente somente pode ser avaliada para beneficiar o acusado.* 3. Não há elementos nos autos que possibilitam a análise da conduta social. 4. As circunstâncias judiciais do artigo 59 do [Código Penal](#) são, em sua maioria, favoráveis ao réu, o que permite a fixação da pena-base em seu mínimo legal. 5. Recurso a que se nega provimento”. (grifos nossos).

Mascarar o encarceramento em massa da juventude negra através de escusas como a “legitimidade” da valorização dos antecedentes criminais é extrair de humanidade os indivíduos submetidos à violência criminal. É indignificá-los nos mais diversos níveis, destinando-os a reproduzir a lógica estigmatizante que sequer fora por eles produzida.

Cabe aos juristas realmente preocupados com os rumos de nosso sistema de justiça criminal (e social), aos quais foram dados os instrumentos para controle e trânsito quase livre entre seus discursos, minorar os efeitos de um sistema penal seletista e deslegitimado até que seja possível que tais problemas sejam superados – esse é o horizonte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BRUNONI, Nivaldo. *Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade*. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, dez. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm> Acesso em 04 de agosto de 2015.

FOCAULT, Michel. *História da loucura*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1972.

PEREIRA, Pedro Henrique Santana; FONSECA, Michelle Santiago de Oliveira. *Considerações acerca dos maus antecedentes criminais*. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7892>.

Acesso em 04 de agosto de 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Vol 1. 9º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.