

FACULDADES INTEGRADAS DE CARATINGA
CURSO DE DIREITO
HEITOR FERREIRA DA COSTA

**A EXISTÊNCIA DE AÇÃO PENAL EM CURSO COMO MAUS
ANTECEDENTES PARA FINS DE DOSIMETRIA DA PENA**

FIC-MINAS GERAIS

2016

HEITOR FERREIRA DA COSTA

**A EXISTÊNCIA DE AÇÃO PENAL EM CURSO COMO MAUS
ANTECEDENTES PARA FINS DE DOSIMETRIA DA PENA**

Monografia apresentado à banca examinadora da Faculdade de Direito, das Faculdades Integradas de Caratinga-FIC, como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal.
Orientador: Prof. MSC. Ivan Lopes Sales.

CARATINGA
CURSO DE DIREITO

2016

Dedico este trabalho à minha família.

Que ao meu lado permaneceu durante esta árdua jornada.

Aos meus amigos acadêmicos e pessoais os quais sempre acreditaram que este objetivo seria possível, mesmo quando parecia não mais ser.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Prof. Esp. Ivan Sales, pela paciência e incisivas instruções, no intento de organizar as diversas e perdidas ideias que acabaram por compor este trabalho.

E, finalmente, a todos àqueles que, não em vão contribuíram.

“Só veneramos uma justiça que eleve o homem e seja a condensação de interesse benévolo que os outros homens têm por ele; só é justa a lei que lhe dá a possibilidade de se tornar melhor.”

Antônio Agostinho da Silva

RESUMO

O enfoque dessa produção acadêmica é analisar a vida pregressa criminal do delinquente habitual, no âmbito do direito penal, momento em que devem ser feitas considerações sobre seus antecedentes pelo juiz, individualizando assim, a dosimetria da pena, proporcionando a aplicação de penas mais justas e efetivas, favorecendo, por este modo, o papel do judiciário, atuando com tratamento severo àqueles que se utilizam desse escape normativo para agir criminalmente, e de forma habitual. Para tanto, o princípio da igualdade, deve ser tratado com a devida equidade, analisando-se caso a caso, no momento da dosimetria da pena, considerando o dever de levar em conta os antecedentes de cada cidadão infrator, individualizando-os, conforme preconiza o art. 59, II, do Código Penal, que permite ao julgador analisar os antecedentes, visando a prevenção criminal social. Dá-se, então, tratamento igual aos que tem mesmas condições de igualdade e tratamento desigual aos que diferem, não contrariando assim nenhum princípio constitucional, mas, pelo contrário, limitando e dando poderes à atuação do julgador que pode, através do convencimento, considerar a existência de ação penal em curso como fator incidente no momento de dosar e individualizar a pena, fornecendo assim plenas considerações aos princípios basilares penais e constitucionais. Não há em que se falar em gravame a princípio constitucional, pois se existe uma ação penal em curso, ou várias delas cometidas por um delinquente habitual, existe resquício da prática de infração penal, e ele deverá ser punido penalmente na proporção de seus atos atendendo assim o fim social do Direito Penal.

PALAVRAS-CHAVE: antecedente; equidade; princípio da igualdade; princípio da proporcionalidade.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CP	Código Penal
CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

RESUMO.....	4
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS.....	6
INTRODUÇÃO.....	8
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	10
CAPÍTULO I – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CORRELATADOS.....	17
1.1 - Princípio do Estado de Inocência.....	17
1.2 - Princípio da Isonomia.....	19
1.3 - Princípio da Proporcionalidade	20
1.4 - “Subprincípio” da Proibição da Proteção Deficiente.....	22
CAPÍTULO II – CONCEITOS E INSTITUTOS DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL.....	25
2.1 - A abrangência da palavra antecedentes mencionada no artigo 59, CP, 1940.....	25
2.2 – Individualização da pena.....	28
2.3 - A equidade jurídica no Direito Penal Brasileiro	30
2.4 - Ação penal em curso - definição.....	31
CAPÍTULO III – CONSTITUCIONALIDADE E PREVISÃO LEGAL.....	33
3.1 - Previsão constitucional e infraconstitucional	33
3.2 - Súmula 444 do STJ como retrocesso para o Direito Penal.....	35
3.3 – Tendência jurídica – Edição da Súmula 716 do STF.....	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS	39
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

INTRODUÇÃO

A presente monografia, tem por objetivo expor que é juridicamente correto o magistrado analisar como mau antecedente a existência de ação penal em curso para fins de dosimetria da pena, considerando o histórico criminal do delinquente.

Propõe demonstrar a constitucionalidade imperativa do magistrado-julgador em utilizar como antecedente a existência de ação penal, ou ações penais, em curso, na dosimetria da pena, que não pode ser desprezada, fazendo alusão aos princípios da isonomia e, sobretudo, o princípio da individualização da pena.

Como metodologia de pesquisa utilizar-se-á a pesquisa teórico-dogmática, abarcando o manuseio de doutrina, jurisprudências junto ao Supremo Tribunal Federal, artigos, teses, bem como a legislação pertinente ao tema, considerando o arcabouço jurídico atual, com relevância ao Direito Constitucional Brasileiro.

Como setores do conhecimento a pesquisa se revela interdisciplinar considerando o intercruzamento de informações envolvendo ramos científicos distintos, como Direito Constitucional, Direito Penal e Direito Processual Penal.

O marco teórico da presente monografia tem suas ideias sustentadas pelo doutrinador Guilherme de Souza Nucci, norteando como o ideal, no sentido de que o magistrado jamais pode deixar de considerar processos em curso, e não deve desprezar partes da história do réu, portanto deve considerar, sim, como maus antecedentes, as ações penais em curso para fins de dosimetria da pena, a saber:

O julgador, porque fato, não pode deixar de conhecer e considerar outros processos findos ou em curso, como antecedentes, partes da história do réu. Urge integrar a conduta ao *modus vivendi* anterior. Extrair a conclusão coerente com o modo de ser do acusado.¹

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal – PARTE GERAL E ESPECIAL**. 4ª Ed. Revista dos Tribunais, 2008. P. 435

Com essa profunda e considerável análise o julgador estará extraindo uma conclusão coerente com o modo de ser e viver do acusado, aproximando dessa forma a sentença condenatória a todos os atos praticados pelo réu, externando da sentença condenatória um ideal de justiça, distinta da atual realidade, pois a sociedade brasileira vive sem senso de efetiva justiça no país.

Nesse sentido a presente pesquisa acadêmica, perfaz-se em três capítulos. No primeiro capítulo, “Conceitos e princípios constitucionais correlatados” será feita abordagem aos conceitos e princípios constitucionais aplicados ao objeto de pesquisa.

O segundo capítulo intitulado “Conceitos e institutos do direito penal e processual penal” serão analisados conceitos de institutos do Código Penal Brasileiro, Processo Penal Brasileiro, e leis brasileiras esparsas envolvidas no liame da pesquisa.

No terceiro e último capítulo, nominado “Constitucionalidade e previsão legal” será destinado a tecer considerações acerca do objeto principal da presente pesquisa, qual seja, a constitucionalidade e previsão legal acerca do tema defendido.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

A presente pesquisa acadêmica tem por objetivo demonstrar a constitucionalidade imperativa do magistrado-julgador em utilizar como antecedente criminal a existência de ação penal, ou ações penais, em curso, na dosimetria da pena com a propositura de dar punições efetivas e proporcionais aos atos delitivos. Desse modo, pretende demonstrar que já existe na lei pátria, constitucional e infraconstitucional, previsão legal acerca do tema abordado. E, constante da sua aplicação, trará benefícios jurídicos e sociais que irão proporcionar hiperatividade jurisdicional e segurança jurídica.

O maior enfoque da pesquisa é delinear que, conforme será apresentado, a aplicação legal deveria ser conforme o ideal dessa produção e, não o é, por devida desproporcionalidade relativas ao entendimento a princípios constitucionais. Para tanto, o conceito ao qual deve ser dada maior ênfase é o conceito doutrinário acerca da palavra “antecedentes” elencada no artigo 59, do Código Penal Brasileiro², conforme trata Guilherme de Souza Nucci, a saber: Trata-se de tudo o que existiu ou aconteceu, no campo penal, ao agente antes da prática do fato criminoso, ou seja, sua vida pregressa em matéria criminal.³

De modo claro e expreso deverá prevalecer a proporcionalidade de aplicação de princípios constitucionais na prática jurídica dos tribunais, e o *in dubio pro reo*, sim deve ser aplicado, contudo somente quando restarem dúvidas acerca do caso concreto e não quando houverem indícios respectivos da prática delitiva por parte de um delinquente habitual, sob pena de ferir princípio constitucional se o delinquente receber tratamento jurisdicional favorável a ele, sem que haja dúvidas, mas sim certezas da prática de seus próprios atos violadores da lei penal, a exemplo, prisão em flagrante delito reiteradas vezes.

² BRASILEIRO, **Código Penal** (1940). DECRETO-LEI Nº 2.848. Rio de Janeiro, de 7 de dezembro de 1940. Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal – PARTE GERAL E ESPECIAL**. 4ª Ed. Revista dos Tribunais, 2008. P. 435

Princípio constitucional, que deve ser entendido com cautela e aplicado com a devida equidade é o princípio da presunção da inocência, que entende-se por melhor definição como princípio do estado de inocência.

A Constituição Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, LVII, não presume inocência, mas garante que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Neste liame, cabe definição de Edilson Mougenot Bonfim, 2015, concernente ao princípio da não culpabilidade:

Este princípio reconhece, assim, um estado transitório de não culpabilidade, na medida em que o referido status processual permanece enquanto não houver o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.⁴

O princípio da igualdade, outro a ter sua análise voltada para a produção dessa pesquisa acadêmica, deve ser compreendido como maior clareza no que refere-se a sua conceituação e compreensão.

Todos merecem igual tratamento legal, não podendo haver qualquer discriminação, o que consiste em assegurar às pessoas de situações iguais os mesmos direitos, prerrogativas e vantagens, com as obrigações correspondentes, ou seja, dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais na medida de suas desigualdades, busca este princípio o equilíbrio jurídico entre todos.

O conceito do princípio da igualdade, princípio constitucional, elencado no art. 5º, caput, da Carta Magna de 1988 é definido doutrinariamente por Gilmar Ferreira Mendes, a saber:

[...] significa em resumo tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade. (...)...dirigida principalmente aos interpretes/aplicadores da lei, impedir-lhes-ia de concretizar enunciados

⁴ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 10ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2015. P. 95

jurídicos dando tratamento distinto a quem a lei encarou como iguais (Curso de Direito Constitucional)⁵

Nesse estudo, cabe definir o enfoque específico da palavra equidade, que remete o leitor/intérprete ao sinônimo de justiça, reta e natural, na busca do reconhecimento dos direitos individuais para cada delinquente no momento da dosimetria da pena, objetivo específico desta produção.

A equidade manifesta-se principalmente no momento da aplicação da norma pelo juiz, conforme preceitua o art. 5º, do Decreto-Lei 4657, 1942⁶. Assim sendo, conceitua-se, equidade, conforme entendimento doutrinário de Tercio Sampaio Ferraz Junior que referencia que:

A equidade não deixa de ser fiel ao princípio da igualdade, mas como o senso de equilíbrio é conforme as circunstâncias concretas, os juízos equitativos não podem ser generalizados para todos os casos.⁷

Antes, porém, de seguir com o estudo, necessário é esclarecer o favorável entendimento, e plena compreensão desse estudo quanto ao princípio da intervenção penal mínima, diante do qual têm-se total concordância no sentido de que o Estado utilize a lei penal somente como último recurso, todavia, que não permita uma proteção excessiva e deficiente do Estado-juiz para com as pessoas inclinadas a delinquir.

Ressalta-se o dever do Estado em punir nas devidas medidas, regulando as condutas dos cidadãos, exercendo através da jurisdição a dosagem harmônica entre atos infracionais e requisitos preponderantes para estabelecer uma pena, como forma de reprovação e prevenção criminal.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2009. P. 179

⁶ BRASILEIRO, **Lei de Introdução às Normas do Direito**. DECRETO-LEI Nº 4.657. Rio de Janeiro, de 04 de setembro de 1942. Art .5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

⁷ JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. **Introdução ao Estudo do Direito – TÉCNICA, DECISÃO, DOMINAÇÃO**. 4ª Ed. São Paulo. Atlas, 2003. P. 347.

Neste ressaltado, tem por objetivo deixar claro que a Justiça Brasileira não pode ser “cega”, e não analisar os antecedentes de um delinqüente habitual na dosimetria da pena.

O âmbito da pesquisa sobre a dosimetria da pena no caso de delinqüentes habituais quer estabelecer um sentimento de justiça pela sociedade brasileira tão assolada e desacreditada na justiça efetiva.

Para tanto, tem-se que o princípio da proporcionalidade remete ao senso de harmonia punitiva após o cidadão incorrer numa transgressão penal, havendo equivalência entre o ato e a punição.

Assim sendo, no caso de concorrentes práticas delitivas por um mesmo delinqüente não há porque desprezá-las no instante de dosar a pena deste infrator habitual sob possível gravame à princípios constitucionais.

Doutrina inovadora, que trata de um subprincípio penal, é a de Edilson Mougnot Bonfim, que reporta o desdobramento do princípio da proporcionalidade no subprincípio “da proibição da proteção deficiente ou da proibição da infra proteção”, destarte:

[...] uma vez que o Estado se compromete pela via constitucional a tutelar bens e valores fundamentais (vida, liberdade, honra e etc), deve fazê-lo obrigatoriamente na melhor medida possível(...) uma garantia dos cidadãos contra agressões de terceiros “proteção horizontal”- no qual o Estado atua garantidor eficaz dos cidadãos, impedindo tais agressões(tutelando eficazmente o valor “segurança”, garantido constitucionalmente) ou punindo agressores(valor “justiça”), assegurado pela Constituição Federal).⁸

Contrário ao seguimento dessa pesquisa ressurgue a discussão recente travada pelo STJ e posteriormente apreciada pelo STF no sentido de que, consonante, súmula 444 do STJ: *“É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.”*

É um dever do Estado-juiz, mesmo que em último caso, utilizar-se da aplicação de penas visando punir os infratores. Não implicando dizer que por ser

⁸ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 10ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2015. P. 113

uma última forma de sanção estatal, não o deva fazer da melhor e mais proporcional maneira possível, e acima de tudo dentro dos limites legais.

O imperativo jurisdicional do julgador em considerar antecedente criminal como mau antecedente na dosimetria da pena não constitui gravame a princípio constitucional, mas sim consideração e relevância a eles, consentida assim com o ditado Estado Democrático de Direito.

Não seria nenhuma afronta a princípio constitucional tratar com a proporcional desigualdade àqueles que margeiam e violam a lei penal, assim proporcionando ao julgador o vosso devido papel de imperativo constitucional individualizando caso a caso a pena nas devidas medidas e proporções.

Defender o entendimento da referida súmula é um desrespeito ao princípio constitucional da isonomia, uma vez que, um delinquente habitual que possui ação penal em favor de seus atos delituosos não pode receber, juridicamente, o mesmo tratamento que receberia um indivíduo sem qualquer registro criminal, réu primário, ou ainda a pessoa de boa índole que já incorreu na prática criminal mas não usa desse escape jurídico para sobressair na vida.

O foco é demonstrar que inúmeras vezes o julgador encontra-se diante de um *fumus bonis juris*, e adota postura “cega”, de fato, ao dosar a pena de um delinquente habitual sem equivalência aos antecedentes criminais do infrator.

O infrator da lei penal tem sim considerado seu estado de inocência ou de não culpabilidade, mas por concorrer, habitualmente, em prática delitiva não se remete à violação à princípio constitucional, mas sim ao equânime emprego deles.

A nação brasileira tão assolada pela criminalidade, não sente segurança jurídica, o que a leva a perder a liberdade, o que acarreta consequentemente violação de princípio constitucional.

A lei penal atuante de maneira mais efetiva e severa nos casos concretos, tratando com imparcialidade e proporcionalidade o cidadão que se utiliza desde escape normativo para praticar delitos penais habitualmente, fornece tratamento equânime no que tange a ação jurídico-penal, sentimento contrário do que

vivenciamos atualmente em nosso país - falta de senso de justiça e proteção do estado aos cidadãos infratores contumazes.

Há de ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro permite a revisão criminal compreendida entre os artigos 621 a 631 do Código de Processo Penal Brasileiro, que permite ao interessado reformar, invalidar, integrar ou esclarecer uma decisão judicial anterior.

E há tal previsão constitucional, assim entendida pela doutrina, como fundamento, norteando que a revisão criminal está no artigo 5º, LXXV, da Carta Magna de 1988, segundo o qual “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”⁹.

Com tais considerações, tem por objeto demonstrar que o ordenamento fora elaborado no mesmo sentido em que segue esta produção acadêmica, contudo, vem se perdendo e concretizando perdas de valores sociais, éticos e jurídicos em face da adoção de postura protetora.

O objetivo é apresentar que não há por que se amparar em inconstitucionalidade, violação de princípio ou norma legal ao utilizar como preponderante à dosimetria da pena ação penal ou ações penais em curso, demonstrando que existe no sistema normativo brasileiro regulamentação ao efetivo cumprimento desta premissa, e que, sua devida aplicação acarretará segurança jurídica e acima de tudo segurança objetiva e subjetiva para a nação brasileira.

Considerar a existência de ação penal em curso para fins de dosimetria da pena é considerar que os órgãos competentes da justiça brasileira vislumbram com *animus* de culpa a pessoa do delinquente, por este fator deve-se considerar os antecedentes e toda delinquência anterior, pois aquele que é titulado com a prática de lesão penal presume-se, sim, que a fez, se há uma ação penal em curso ou

⁹ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

inúmeras. Tratar com interpretação diversa seria não creditar no efetivo trabalho de todos os órgãos brasileiros de defesa social.

CAPÍTULO I – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CORRELATADOS

1.1 Princípio do estado de inocência

A positivação do princípio do estado de inocência ocorre pela primeira vez no artigo 9º da Declaração do Homem e do Cidadão, referindo-se que *“todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado”* (Paris, 26.8.1789)¹⁰.

Posteriormente, no ano de 1948, a Declaração Americana de Direitos e Deveres menciona que *“parte-se do princípio de que todo acusado é inocente, até que se prove sua culpabilidade”* (Bagotá,1948)¹¹. No ano de 1948, pós segunda guerra mundial, a Declaração Universal do Direitos Humanos, trata da seguinte forma o referido princípio:

Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa.¹²

No Brasil o princípio do estado de inocência foi consagrado com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, (Brasília, 05.10.1988), um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, menciona que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

¹⁰ Declaração de direitos do homem e do cidadão, França, 26 de agosto de 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 31/05/2016

¹¹ Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Bogotá, 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm. Acesso em: 31/05/2016

¹² Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/deonu/textos/integra.htm>. Acesso em: 31/05/2016

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;¹³ (grifo nosso)

Diante de tal arcabouço o intento dos legisladores foi oferecer à pessoa humana o direito a um processo regular visando primar pela tutela estatal da liberdade pessoal, conforme legislação vigente.

Presume-se, sim, o delinquente habitual como inocente, enquanto não se demonstrar por via legal, o contrário, ou seja, sua culpabilidade através do devido processo legal, pois “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”¹⁴, e posterior a isto, e somente assim ser estabelecida uma sentença penal condenatória definitiva.

O princípio do estado de inocência é garantidor de possíveis arbítrios estatais, contudo, o inverso também não pode ocorrer, havendo violações por parte de pessoas que se utilizam desse escape normativo para se beneficiar da presunção, e, novamente inserir-se na sociedade com a finalidade única e exclusiva de delinquir, e não de tornar-se sociável, pois já é uma pessoa desviada das regras morais e/ou costumeiras da sociedade, e devido seus antecedentes sócio-criminais incidirá novamente na prática de atos delituosos, narrativa facilmente comprovada pelos antecedentes da pessoa do delinquente habitual.

Desse modo Edilson Mougnot Bonfim, destaca que “*o princípio do estado de inocência refere-se sempre aos fatos, já que implica que seja ônus de acusação demonstrar a ocorrência do delito (actori incumbit probatio), e demonstrar que o acusado é, efetivamente autor do fato delituoso*”¹⁵, nesse sentido, se há uma ação penal em curso, ocasião em que já ocorrera toda uma movimentação dos órgãos de

¹³ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

¹⁴ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV: “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”;

¹⁵BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 10ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2015. P. 78.

segurança pública e justiça, tais como, a prisão do autor do delito, a efetiva formalização do inquérito policial, a elaboração da queixa-crime por parte do Ministério Público, há de se ressaltar a existência de uma presunção criminal na qual o delinquente incorreu.

Não utilizar uma ação penal em curso para fins de dosimetria da pena de um delinquente habitual como antecedente criminal é desacreditar em todas as ações de justiça desenvolvidas até o momento da dosimetria da pena, desconsiderando assim todas as peculiaridades do *modus vivendi* do delinquente, e acima disso, fazer valer um entendimento gravoso a princípio constitucional, o qual seja, o princípio da isonomia que analisado a seguir.

1.2 Princípio da isonomia

O princípio da isonomia é o pilar de sustentação do Estado Democrático de Direito, pois é a partir dele, e antes mesmo dele ser positivado, que ocorre a busca da igualdade dentre as pessoas, e necessariamente, há de ser considerado como princípio mantenedor do Estado Social de Direito.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, estabelece em seu primeiro artigo: *“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”*¹⁶, sensível ao artigo aflora o sentimento de liberdade, dignidade e igualdade entre as pessoas, e a busca da convivência fraterna entre os homens.

O sentimento de igualmente entre os homens nasce mesmo antes de ser positivado; mesmo apesar das violações ocorridas no decorrer da história das nações; o senso de igualdade tem um caráter suprapositivo, ou seja, nasceu antes mesmo dos ordenamentos jurídicos, mesmo havendo diferenças entre pessoas,

¹⁶ Declaração Universal dos Direitos Humanos, 10 de dezembro de 1948, Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em: 31/05/2016.

civilizações e nações sempre houve e ainda há a busca pela igualdade entre as pessoas, buscando assim uma convivência social equilibrada.

A Constituição da República Federativa do Brasil, preceitua em seu texto constitucional que “*todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza*”¹⁷, tratando-se de uma regra constitucional especial, voltada a evitar violações do Estado para com o cidadão.

Desse modo funda-se o princípio da isonomia, que “*significa em resumo tratar os igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade*”¹⁸, indicando um senso de tratamento justo entre os cidadãos, e todas as pessoas sob a jurisdição da lei brasileira que receberão tratamento igual ou desigual, de acordo com os atos praticados.

Nesse segmento, as igualdades e as desigualdades devem ser consideradas perante a lei, extraindo-se dos atos de cada delinquente a equilibrada prestação e aplicação jurisdicional, e por essa via não há o porquê falar em gravame ao princípio da isonomia ao considerar as ações penais em curso, que representam a vida pregressa criminal do delinquente, como maus antecedentes na dosimetria da pena mas sim, preservar e enaltecer a relevância ao princípio referenciado.

1.3 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade tem por finalidade igualar e equalizar os direitos individuais de cada cidadão inserido na sociedade e “*emana diretamente da ideia de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins*”¹⁹. Tal princípio visa coibir os

¹⁷ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2009. P. 179.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2009. P. 143.

excessos no meio social regulando as ações de cada cidadão através do poder coercitivo estatal, relevante é saber que tal princípio, ademais, norteia e regula as ações estatais.

Necessário se faz ter em mente que o direito penal é o meio mais gravoso de controle social, contudo em certos casos trata-se de um meio alternativo-educativo ou, talvez, o único meio a ser utilizado pelo estado como forma de controle social, se aplicado de modo efetivo e proporcional.

A Constituição Federal acolheu em seu texto o princípio da proporcionalidade, tão importante instrumento que deve ser utilizado na manutenção da ordem estabelecida na constituinte e na proteção aos direitos fundamentais dos cidadão.

Para que isso ocorra deve o judiciário realizar seu papel constitucional analisando a adequação e a necessidade de cada ato judicial, caso a caso, na busca do bem comum e na extinção da vivenciada inversão de valores que assola a sociedade brasileira, que não encontra-se norteadada na busca do bem estar social pela vivência cotidiana de atrocidades praticadas por delinquentes habituais contra a sociedade.

Além do mais a sociedade brasileira é movida, dia após dia, pela costumeira falta de senso de justiça causada principalmente pelo grande índice criminal e a ausência da real efetividade da justiça. .

Externa-se, aqui, que o Estado ao invés de privar a liberdade de um delinquente está privando a liberdade da própria sociedade, que vive acuada pela ausência de proporcionalidade na aplicação de penas restritivas aos delinquentes habituais.

Sabe-se bem que o direito penal deve atuar somente como último caso para reprimir os infratores, contudo, ao fazê-lo, deverá atuar de modo equilibrado na proporcionalidade das ações praticadas pelo delinquente contra a sociedade fornecendo a ele punição justa e moderada na medida de todos seus atos delitivos, gerando no delinquente habitual e no meio social senso de justiça.

Cabe ao Poder Judiciário utilizar-se do poder coercitivo estatal penal, não somente para punir com penas restritivas de direitos ou de liberdades, mas também, de reeducar a pessoa do delinquente e demonstrar a efetividade da pretensão judiciária através do direito penal.

1.4 “Subprincípio” da proibição da proteção deficiente

O Estado Democrático de Direito é comprometido por via constitucional à tutelar bens e valores fundamentais, e desempenhar o máximo esforço para prestar a tutela jurisdicional através dos órgãos de justiça na quantidade, qualidade e proporcionalidade destinada a surtir efeitos destinados promoção continuada do bem estar social, visando alcançar um nível da prestação jurisdicional que seja aceito de modo generalizado pela sociedade.

É assegurada a garantia do cidadão diante dos excessos do Estado, e em contrapartida, o prestador da tutela jurisdicional deve fornecer garantia, nivelada e juridicamente eficaz, entre os cidadãos, e agir de modo harmonioso aos atos praticados pelos agressores da sociedade (delinquentes habituais), valorizando a segurança e o bem estar social, e além do mais, enaltecendo a grandeza da justiça.

Quando ocorre intervenção do direito penal no âmbito das relações que causam desarmonia no meio social não há porque direcionar o raciocínio jurídico à intervenção penal mínima nos casos envolvendo delinquentes habituais, pois incorrem usualmente na prática delitiva essas pessoas “antissociais” mantidas pelo Estado-juiz na sociedade, inclinadas única e exclusivamente a delinquir.

Este cidadão que margeia cotidianamente a lei penal comporta-se de maneira justa a receber a intervenção estatal impondo-lhe restrição de sua liberdade ou de seus direitos, antes que o faça com um cidadão de bem, quer seja na prática de crimes contra vida ou mesmo na prática de (abro aspas) “crimes de menor potencial ofensivo”, que em grande verdade podem gerar irreparáveis danos, conduzindo pessoas de reputação ilibada à auto restrições até o fim da vida, o que causa uma atrofia na sociedade, assolada pela insegurança jurídica.

Paralelo ao ideal de justiça permanece o ideal da proporcionalidade das decisões estatais, seguimento esperado pela sociedade brasileira que é sustentada pelos princípios basilares do Estado Democrático de Direito que destina o papel da apreciável justiça ao Estado-juiz encarregado de sempre adotar e buscar medidas, visando atingir os anseios sociais rumo ao alcance da efetiva justiça. Destaca-se

que, conforme preconiza a inovadora doutrina de Mougénot, é dever constitucional do Estado a busca pela existência real da justiça:

[...] uma vez que o Estado se compromete pela via constitucional a tutelar bens e valores fundamentais (vida, liberdade, honra e etc), deve fazê-lo obrigatoriamente na melhor medida possível(...) uma garantia dos cidadãos contra agressões de terceiros “proteção horizontal”- no qual o Estado atua garantidor eficaz dos cidadãos, impedindo tais agressões(tutelando eficazmente o valor “segurança”, garantido constitucionalmente) ou punindo agressores(valor “justiça”), assegurado pela Constituição Federal.²⁰

Apura-se que o Estado-juiz na adoção de medidas, principalmente no que tange ao direito penal, deve fazê-lo almejando o valor “segurança” e o valor “justiça”, valores firmados pela via constitucional.

Os órgãos de justiça no cumprimento dos deveres jurídico-constitucionais não contribuindo para a adoção de medidas adequadas e eficazes, ou mesmo na ocorrência de omissão à proteção dos direitos coletivos e individuais, desviando-se de adotar medidas operativas em decorrência de atos delitivos praticados por delinquentes habituais, concorre para prática da violação à direitos distintos, caracterizada pela proteção atrofiada no momento em que o Estado-juiz, ao penalizar desproporcionalmente um infrator da lei penal, não considera como antecedentes criminais as ações penais em curso para fins de dosimetria da pena.

Nota-se que é a partir das “brechas legais” que nascem regalias avassaladoras, em sua maioria, principalmente no âmbito do direito penal, e especificamente sobre o conteúdo retromencionado. Muitos delinquentes habituais mantêm-se nas condições delitivas decorrente da proteção fornecida pelo Estado, em não fazer as devidas considerações durante o ocorrência do processo penal. Desse modo os delinquentes habituais oportunizam-se do “escape normativo” para novamente estarem inseridos no meio social e destinando-se à prática criminal, solidificados na certeza de que não serão, e se for, não tão breve, apenados por seu histórico criminoso.

²⁰ BONFIM, Edilson Mougénot. **Curso de Processo Penal**. 10ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2015. P. 113.

O “subprincípio” da proibição da proteção deficiente é uma inovadora ferramenta jurídica que começa a ser utilizada no direito brasileiro comumente, até porque o direito penal há de acompanhar as tendências jurídicas.

Como bem vivenciamos no país o direito tem exigido não somente garantias de defesa dos direitos e liberdades fundamentais contra o Estado, mas principalmente atualmente, uma defesa contra o poder da própria sociedade, mais esclarecedor, de pessoas inseridas nela, direcionado nesta pesquisa para a delinquência habitual de cidadãos mantidos deficientemente no meio social pelo Estado, por deixar, simplesmente, de considerar como maus antecedentes na dosimetria da pena as ações penais em curso.

CAPÍTULO II – CONCEITOS E INSTITUTOS DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

2.1 - A abrangência da palavra antecedentes mencionada no artigo 59, CP, 1940

Conforme vislumbra esta produção acadêmica entende-se que o Direito Penal Brasileiro têm retrocedido juridicamente no que tange a efetividade da aplicação penal.

Os antecedentes do réu incidiam sobre toda sua vida pregressa, incluindo condenações, que porventura tivesse sofrido, até relacionamentos familiares, incluindo a conduta laboral.

Em suma, o entendimento da palavra “antecedentes” elencada no artigo 59 do Código Penal Brasileiro era amplo e mostrava-se efetivo, ao se buscar informações sobre o réu ao dosar a pena.

Posteriormente, já no ano de 2007, a jurisprudência assim já posicionou-se, conforme vê-se:

A confissão, no entanto, de que já fora processado pelo mesmo crime, foi mencionada no acordão para justificar o reconhecimento de que não era possuidor de bons antecedentes.

Ementa: - Penal. Processual penal. “Habeas corpus”. Maus antecedentes. Aplicação de liberdade.

I.- Não tem bons antecedentes quem, mesmo sendo primário, se envolve em ocorrências e respondeu inquéritos ou processos judiciais.²¹

Em mesmo sentido posicionou-se também o STJ:

O exame dos antecedentes e da personalidade do paciente autoriza, sem ofensa a critério legal, a denegação do "sursis". Ausência dos pressupostos subjetivos. Descabe o "habeas corpus" para rediscutir as circunstâncias de fato que conduziram aquela conclusão. Não se pode admitir que a presunção de inocência atue como uma barreira impeditiva do exame de circunstâncias indispensáveis a individualização da pena, que também tem

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. HC 72840. Relator Carlos Veloso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+72840%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jhs2e2h>. Acesso em: 30/05/2016.

assento na Constituição, art. 5. XLVI. O exame dos antecedentes reside na esfera da discricionariedade própria do juiz. Este, na apreciação das informações sobre a vida pregressa do réu, decidirá sobre a necessidade de um maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta criminosa, tendo em vista a capacidade virtual do réu para delinquir.²²

Recentemente o STF novamente posicionou-se (retrocedendo, ao meu ver), e entendido como “maus antecedentes” apenas aqueles casos decorrentes de sentença penal definitiva.

Dessa forma após a prática do ilícito penal momento em que ocorre toda a movimentação e o efetivo trabalho dos órgãos da justiça brasileira, e ao findar de todos os trabalhos, somente será apenado a pessoa do delinquente habitual, se do fato for provada sua culpabilidade.

De fato é congruente a interpretação, mas há de se considerar também que no caso dos delinquentes habituais a chamada “folha de anotações” dos antecedentes criminais é extensa não havendo justificção para que o Estado-juiz, após movido diversas vezes pelo mesmo delinquente, dê a ele tratamento igualitário, como se deu em sua primeira ação delitiva.

Fica claro o teor da palavra “antecedentes” elencada no artigo 59 do Código Penal Brasileiro, que remete objetivamente o leitor/intérprete da norma, de modo muito claro, ao entendimento de anterioridade, precedente, ou, o que ocorreu antes.

O posicionamento dessa produção acadêmica funda-se ante ao entendimento de retrocesso da aplicação da lei penal, em decorrência de não ser considerada a conduta de vida do delinquente, e por não ser considerado, principalmente, a existência de ação penal em curso (ou várias delas) para fins de dosimetria.

Essa proteção estatal instiga à delinquência. Pareado a este entendimento sustenta o Promotor de Justiça catarinense:

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. HC 73394. Relator. Moreira Alves. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17162/habeas-corpus-hc-73394/inteiro-teor-100026476>. Acesso em: 30/05/2016.

A verdade é que os antecedentes, especialmente os negativos, e a reincidência criminal constituem importante fator de diferenciação do criminoso com os demais seres humanos, de tal sorte que o indivíduo que registra alguma espécie de antecedentes negativos ou é reincidente criminal, acaba merecendo, da parte do sistema penal, um tratamento diferencial, sendo considerado, portanto, pertencente a uma categoria específica. Esta diferenciação visa tornar nítida a linha que separa os 'bons' dos 'maus', confrontando-se, assim, com o princípio da igualdade.²³

O entendimento doutrinário e jurisprudencial vêm adotando postura ultra protetora àqueles que delinquem, e assim produzindo no cidadão infrator a persistência na prática do crime, a partir do momento em que favorece o delinquente habitual protegendo-o, deficientemente, contra a própria punição estatal, deixando de punir com a devida proporcionalidade, igualdade e efetividade as práticas delitivas, e acima de tudo não permitindo os anseios da sociedade e a completude dos órgãos de justiça na busca do bem comum.

Ter como “antecedentes” a vida pregressa e criminal do delinquente habitual é a forma de o Estado-juiz proporcionar melhor controle sobre a sociedade, tanto considerando as pessoas de boa reputação social, pois terão melhores condições de vida social e maior liberdade em seu cotidiano, quanto aos delinquentes que terão retribuídas, em forma de pena privativa, pela dimensão dos danos causados decorrentes de suas ações delinquentes.

Agindo assim o Estado tende a reconquistar o senso de justiça da sociedade, ao externar e efetivar a segurança jurídica no Brasil, fortalecendo e estimando os valores legais e jurídicos pois decorrente da proteção degradante dada aos delinquentes habituais, norteados pela certeza da não consideração de seus antecedentes e utilizando-se desse escape normativo, houve comprometimento da confiança da população nos órgãos de justiça, pois são os cidadãos de “bem” que sofrem diretamente as consequências da omissão estatal através de entendimentos protetores que acarreta avassaladora insegurança e danos sociais.

²³ FILHO, Francisco Bissoli. **Estigmas da Criminalização: DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS À REINCIDÊNCIA CRIMINAL**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. P. 162.

2.2 – Individualização da pena

A individualização da pena é um princípio constitucional que garante que as penas dos delinquentes não sejam igualadas, mesmo quando incorram na prática de crimes análogos.

A individualização da pena não está agregada à prática de mesma conduta ilícita, violadora da lei penal, mais sim, associada a cada indivíduo, que tem em seu histórico pessoal a sua identidade criminal, personalizada e particularizada, devendo cada qual receber a punição proporcional que lhe é devida na medida das circunstâncias do crime bem como da conduta social. O princípio da individualização da pena veda qualquer tipo de padronização de sanção penal.

Vale ressaltar o conceito de pena, transferida para esta produção, como definição mais adequada, a esclarecida pelo doutrinador Guilherme de Souza Nucci, a saber:

É a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes. O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos, geral e especial, que se subdividem em outros dois. Temos quatro enfoques: a) geral negativo, significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) geral positivo, demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal; c) especial negativo, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; d) especial positivo, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada.²⁴

Rege o artigo 5º, XLVI que “*a lei regulará a individualização da pena*”²⁵ o que remete o leitor/intérprete a tratar os desiguais desigualmente, na medida de suas

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal – PARTE GERAL E ESPECIAL**. 4ª Ed. Revista dos Tribunais, 2008. P. 435. P. 368

²⁵ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-

desigualdades, objetivando-se a efetiva Justiça. No momento da individualização da pena, quando o juiz cumpre o que consta no artigo 59 do Código Penal, ele busca a fixação da exata proporção entre o crime e a conduta social (antecedentes) objetivando uma justa sanção penal. Trata-se de um dever do Estado, no exercício de punir aquele que viola o ordenamento penal, momento em que também gera a garantia do cidadão contra o arbítrio do juiz e possível violação de direitos.

Noutra vertente surge o direito do condenado, em saber com exatidão as razões porque lhe foi aplicada determinada pena, o que também é fator garantidor para o Estado que anseia que seja cumprida nos exatos termos em que foi alcançada a pena na busca da correta e efetiva administração da justiça.

Com a dupla existência pela busca de efetividade, em uma mesma ação estatal, ocorre a pretensão essencialmente pública que almeja a efetiva sanção penal derivada, principalmente, da exclusiva finalidade estatal da pena que é prevenir novas práticas criminosas por parte do infrator.

A individualização da pena por parte do Estado-juiz busca o nivelamento de condutas entre os seres humanos da sociedade, mostrando para os delinquentes que a via da violação penal não é o caminho na busca do bem social, e que transgredindo irão receber punição na medida de sua delinquência, imediata e passada.

Já para as pessoas, de reputação aceita genericamente na sociedade, mostrar que ocorre a efetividade da lei penal no momento de sua aplicação e que delinquir não é o caminho para se alcançar o bem estar social e mantendo e estabelecendo assim o nivelamento entre os seres.

se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

2.3 - A equidade jurídica no Direito Penal Brasileiro

A equidade manifesta-se principalmente no momento da aplicação da norma pelo juiz, conforme preceitua o art. 5º, do Decreto-Lei 4657, 1942²⁶. Assim sendo, conceitua-se, equidade, conforme entendimento doutrinário de Tercio Sampaio Ferraz Junior:

A equidade não deixa de ser fiel ao princípio da igualdade, mas como o senso de equilíbrio é conforme as circunstâncias concretas, os juízos equitativos não podem ser generalizados para todos os casos. Se o forem, geram desigualdade, posto que o que é equitativo em uma situação não o é necessariamente, em outra. A equidade traz assim para a justiça um sentido de vacuidade e ambiguidade que é, por assim dizer, o preço que pagamos pelo senso de equilíbrio que aproveite ao máximo as circunstâncias particulares.²⁷

É transparente o dever do Estado em punir nas devidas medidas as transgressões penais, regulando as condutas no meio social. Concomitante, é dever do Estado, exercer através da jurisdição a dosagem harmônica entre atos infracionais e requisitos preponderantes para estabelecer uma pena, como forma de reprovação e prevenção criminal.

A equidade vêm positivada no direito brasileiro no art. 5º, do Decreto-Lei 4657, 1942, (já referenciado) com base nesse artigo fica entregue ao prudente arbítrio do juiz o poder constitucional de fazer a devida dosagem da pena buscando o meio eficiente na busca da reprovação e prevenção criminal.

Neste liame, fica claro que a Justiça Brasileira não pode ser “cega” e não considerar uma ação penal em curso, ou várias delas, praticada pelo delinquente habitual no instante da dosimetria da pena.

No momento da dosimetria da pena o Estado-juiz deve sim inclinar-se a fazer juízo de valores em vista da existência de ação ou ações penais em curso que são

²⁶ BRASILEIRO, **Lei de Introdução às Normas do Direito**. DECRETO-LEI Nº 4.657. Rio de Janeiro, de 04 de setembro de 1942. Art. 5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

²⁷ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 10ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2015. P. 347.

motivadas unicamente a apuração de ação delitativa por parte do delinquente. Deve haver consideração ao juízo de equidade e ao trabalho dos órgãos da justiça brasileira empenhados na apuração de ato criminoso, que em grande maioria são resultantes da instauração de ação penal, que proveem do aspecto negativo criminal e transgressor, permeado pela conduta do violador da lei penal.

Desse modo tais atitudes não podem ser desprezadas no momento da dosimetria da pena, enaltecendo o valor da justiça equitativa ao realizar a devida análise e separação no tratamento e cidadãos de bem, que não possuem maus antecedentes, e aqueles inseridos na sociedade, cotidianamente inclinados para a prática de crimes.

2.4 - Ação penal em curso - definição

Ação penal é o direito público de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal ao caso concreto, ou seja, uma das formas de defesa da sociedade. O direito de ação pode ser exercido pelo Ministério Público ou o particular bastando para que ocorra a ação penal que o acusador provoque a manifestação do Estado, mais precisamente, acione os órgãos de justiça aos quais sejam atribuídos o exercício da jurisdição na adoção de medidas regulares ao ocorrido.

Desse modo sustenta definição, vista como mais adequada a esta produção, o doutrinador Júlio Fabrinni Mirabete, a saber:

A ação é um direito subjetivo processual que surge em razão da existência de um litígio, seja ele civil ou penal. Ante a pretensão satisfeita de que o litígio provém, aquele cuja exigência ficou desatendida propõe a ação, a fim de que o Estado, no exercício da jurisdição, faça justiça, compondo, segundo o direito objetivo, o conflito intersubjetivo de interesses em que a lide se consubstancia. O jus puniendi, ou poder de punir, que é de natureza administrativa, mas de coação indireta diante da limitação da autodefesa estatal, obriga o Estado-Administração, a comparecer perante o Estado-Juiz propondo a ação penal para que seja ele realizado. A ação é, pois, um direito de natureza pública, que pertence ao indivíduo, como pessoa, e ao próprio Estado, enquanto administração, perante os órgãos destinados a tal fim.²⁸

²⁸ MIRABETE. Julio Fabrini. **Código Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2005. P. 108

O direito de ação, neste caso, nada mais é do que o direito de provocar o Estado-Juiz, para que seja decidido sobre o fato penalmente relevante, possibilitando, assim, a aplicação do direito penal ao caso concreto que visa apurar responsabilidades penais.

Desse modo espera-se que quando da prestação jurisdicional o Estado-juiz exerça seu poder coercitivo apropriadamente ao caso concreto, claramente, é o esperado pela sociedade na busca do bem comum.

É através do exercício coercitivo e preventivo do Estado através do regular exercício da ação penal que ocorre a busca pela padronização das consideradas “boas” (genericamente) condutas humanas.

Para isso, vale salientar que as “más” condutas (assim entendidas em plano genérico) das quais resultou-se a instauração de inquérito policial, sustentador de uma ação penal, que diga-se de passagem, não surge em plano prático imotivadamente, e, estando a ação penal, em curso, indica a recente violação da norma penal.

Por essa razão a ação penal em curso é um aspecto negativo no âmbito criminal e deve ser considerado no momento da dosimetria da pena.

Tal desconsideração tem acarretado reflexos negativos na ação penal no Brasil, que como direito de natureza pública, não tem alcançado o *jus puniendi* do Estado na medida esperada, pois a sociedade brasileira assolada pela criminalidade não tem sentido os efeitos e resultados da ação penal e os reflexos da justiça no meio social.

Neste ressalte, vale mencionar que o aumento criminal provém principalmente da existência da atual postura jurídica deficiente e ultra protetora, que não tem convertido em pena, as ações criminosas equitativamente. Diante dessa afirmação, que é vivenciada no país, fica clara a postura “cega” adotada pelos órgãos de justiça, legislativo e judiciário em não considerar como maus antecedentes na dosimetria da pena as ações penais em curso

CAPÍTULO III – CONSTITUCIONALIDADE E PREVISÃO LEGAL

3.1 - Previsão constitucional e infraconstitucional

A legislação constitucional e infraconstitucional é tendente por intervir penalmente de forma mínima, contudo, havendo a ocorrência criminal nasce o dever do Estado de punir, fazendo-o com a devida eficácia. É nesse sentido que o Estado-juiz busca atender aos fins sociais quando da aplicação das penas.

Por este motivo a Constituição da República Federativa do Brasil elenca os princípios basilares do Direito Penal e bem como, conforme entende-se, traz previsão constitucional para o tema, aqui defendido, possibilitando e norteando a revisão criminal contida no artigo 5º, LXXV, da Carta Magna de 1988, segundo o qual “*o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença*”.

Neste seguimento a legislação infraconstitucional elenca normas positivas sobre o assunto fazendo com que haja o devido controle estatal e social afim de evitar lesões. Para isso, há de ressaltar que o Código Penal Brasileiro permite a revisão criminal compreendida entre seus artigos 621 a 631, permitindo ao interessado reformar, invalidar, integrar ou esclarecer uma decisão judicial anterior.

Assim sendo vê-se duas vias contidas no ordenamento jurídico vigente que permitem e sustentam o tema aqui defendido, não havendo porquê motivos para se falar em lesões pois se houverem serão reparadas conforme elenca o artigo constitucional e a possibilidade de revisão conforme elenca o artigo do CPP.

Com imensa consideração aos entendimentos em sentido contrário, ressalvo que o histórico do agente não pode ser desprezado no momento da dosimetria da pena, o que é subsidiado pelo princípio da isonomia e, sobretudo, pelo princípio da individualização da pena.

A legislação constitucional e infraconstitucional prevê que devem sim ser analisados como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena as ações penais em curso, o que comprova isso é a própria legislação penal evidenciada nessa pesquisa como o entendimento da palavra “antecedentes” do art. 59, CP, o

texto constitucional, as leis apresentadas e as posturas já adotadas pelos tribunais, conforme viu-se neste e no capítulo anterior.

O que ocorre é que os valores jurídicos e sociais vêm se perdendo em decorrência de decisões gravosas que causam reflexos negativos na sociedade que a cada dia mais está oprimida pela criminalidade.

O Estado-juiz ao fechar os olhos para os “antecedentes” de um delinquente habitual está desvalorizando as próprias instituições encarregadas da persecução penal, o que solidifica tal entendimento é a definição dada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, quando ressalta que “*Homem de bem, realmente, não marcaria com tal frequência presença no campo das investigações da polícia e da justiça penal*”.²⁹

Considerar como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena as ações penais em curso, certamente, gerará reflexos positivos para o bem estar social bem como para fins de prevenção e repressão criminal.

Não adentremos no mérito mas, superficialmente, não acarretaria nenhuma violação por parte do Estado-juiz, pois o Código de Processo Penal Brasileiro permite a revisão criminal que pode ser proposta para desconstituir sentenças tanto de juízes singulares ou do Tribunal do Júri, bem como acórdãos proferidos pelos tribunais. Assim está elencado no artigo 621 do Código de Processo Penal Brasileiro:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expreso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.³⁰ (grifo nosso)

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP. HC 149.906/3-SP. Relator Dirceu Mello. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/158644134/habeas-corpus-hc-22208654120148260000-sp-2220865-4120148260000/inteiro-teor-158644145>. Acesso em: 30/05/2016

³⁰ BRASILEIRO, **Código de Processo Penal**. DECRETO-LEI Nº 3.689. Rio de Janeiro, de 03 de outubro de 1941.

O referido artigo apenas reforça o entendimento dessa pesquisa acadêmica, mantendo assim a segurança jurídica caso seja necessária a revisão criminal e acima de tudo gerará equilíbrio jurídico-social, ou seja, será absolvido ou amenizado da pena somente o cidadão que realmente não é culpado.

3.2 - Súmula 444 do STJ como retrocesso para o Direito Penal

No Brasil quando um cidadão infrator é condenado através dos tramites do devido processo legal, o juiz ou tribunal que elabora a condenação precisa seguir um rito ante a dosimetria da pena, que, “dosa” a pena-base, equitativamente, concorrente ao crime praticado pelo delinquente.

Além disso, os critérios estabelecidos na lei penal tem por finalidade impedir excessos de pena por parte do julgador dosando a pena para que não seja nem suave nem severa, mas sim proporcional.

Neste liame o princípio da individualização da pena, previsto na Constituição como direito fundamental de todo cidadão (artigo 5.º, inciso XLVI), garante que cada pessoa que pratica um crime receba a fixação da pena mais adequada possível, amoldada à conduta praticada. Para isso, no Direito Penal Brasileiro, o juiz deve seguir três fases para fixar a pena, o chamado método trifásico, obrigatório de acordo com o artigo 68 do Código Penal.

Dentre as três fases o juiz, na primeira delas, deve estabelecer a pena-base com os critérios elencados no artigo 59 do Código Penal (a pena-base será o ponto de partida para definir a pena a ser cumprida pelo condenado) quais sejam: a culpabilidade (ou seja, a intensidade da reprovação à conduta do réu), os antecedentes, a conduta social e a personalidade do réu, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime e, por fim, o comportamento da vítima.

Esse tópico irá analisar somente a palavra “antecedentes”, que é entendida atualmente: como as condenações criminais transitadas em julgado incapazes de gerarem reincidência. Caso seja entendida as ações penais como reincidência será

considerado o delito ocorrido dentro do período de cinco anos que já tenha havido trânsito em julgado de sentença penal condenatória. E no caso dos antecedentes somente serão considerados os crimes que já tenham trânsito em julgado de sentença penal condenatória após cinco anos.

Nesse sentido tem se posicionado a jurisprudência adotando postura ultra protetora garantindo que os antecedentes devam ser comprovados por certidão cartorária judicial que tenha registrado a condenação transitada em julgado e somente sejam consideradas as condenações após cinco anos, para fins de antecedentes do art. 59 CP.

Notoriamente presencia-se a postura deficiente estatal que utiliza das *longa manus* protetoras, sobre aqueles que única e exclusivamente contribuem para o aumento do índice de criminalidade no país. E ainda, o Estado-juiz insiste em somente considerar como “antecedentes”, para fins da dosimetria da pena, somente os crimes transitados em julgado após cinco anos, valendo lembrar que estas medidas ultra protetoras são adotadas logo na sua primeira fase da dosimetria da pena, ocasião em que juízes tem adotado postura “cega” desconsiderando os antecedentes do delinquente habitual com longa ficha criminal, tudo isto imposto pela referida súmula, qual seja, a Súmula 444 do STJ³¹.

Consonante ao Código Penal Brasileiro, a pena-base deve ter a intensidade necessária e suficiente para reprovando a conduta ilegal do réu, prevenindo e reprovando a prática de outros crimes, contudo de fato a sociedade brasileira não tem convivido com esta realidade no país. E além do mais com a edição da referida sumula não aspira-se melhoras. Diante disso, vive-se a inversão de valores vivenciada pela proteção do Estado perante condutas reprováveis e reprovadas, de modo geral, pela sociedade.

Entende-se, portanto, como retrocesso jurídico e social a adoção de tais posturas pois os tribunais já tiveram posições com teor alto de reprovação criminal, assim como no ano de 1996 com a seguinte decisão proferido pelo STF: “A

³¹ BRASIL. Superior Tribunal Justiça – STJ. Quinta Turma. HC n. 106.089. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?processo=444&b=SUMU&p=true&t=JURIDICO&i=10&i=1>. Acesso em 31/05/2016

*presunção de inocência não impede que a existência de inquéritos policiais e de processos penais possam ser levados à conta de maus antecedentes*³². No mesmo sentido têm-se ainda:

É possível reconhecer maus antecedentes com base em processos em andamento, não havendo falar-se em violação de princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que não se pode tratar de forma igualitária acusados que respondem a ações penais e os que não tem contra si outros feitos, pois, ai sim haveria desrespeito ao preceito constitucional da isonomia.³³

Ainda defende que processos em andamento devem ser considerados para fins de dosimetria da pena, considerando assim os antecedentes:

Os antecedente criminais e pessoais devem ser observados para fixação da pena-base acima do mínimo, devendo ser considerados, nas análises das circunstancias previstas no art. 59 do CP, como indicadores da personalidade do réu, inclinada à prática criminal, não implicando tal conclusão ofensa ao princípio constitucional da presunção da inocência, consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.³⁴

Infelizmente a sociedade brasileira convive, graças a edição da súmula 444 do STJ, com barbáries e estímulo a prática habitual do crime pois foi a partir da tendência ultra protetora e com a edição dela que passou-se a considerar como “antecedentes” os atos delitivos da vida pregressa do delinquentes aqueles atos ocorridos somente cinco anos após transitado em julgado das condenações que não se prestem para efeito de reincidência.

E a partir dela deixou-se de considerar as ações penais em curso como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena, ato que é apresentado nesta

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. HC 73394. Primeira turma. Relator Moreira Alves. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744401/habeas-corpus-hc-73394-sp>. Acesso em 31/05/2016

³³ MIRABETE. Julio Fabrini. **Código Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2011. P. 307.

³⁴ MIRABETE. Julio Fabrini. **Código Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2011. P. 307.

produção como retrocesso jurídico. Elencados os argumentos, presencia-se uma ação danosa contra a sociedade brasileira decorrente da ação ultra protetora estatal em face dos delinquentes habituais que não são punidos equitativamente pela prática de seus crimes.

3.3 – Tendência jurídica – Edição da Súmula 716 do STF

Após a edição da súmula 716 ressurgiu um indício da retratação por parte dos tribunais em abster-se da postura ultra protetora, tão debatido nesse estudo. O referido texto positivado, certamente trará benefícios jurídicos e sociais.

Atualmente a referida súmula dispõe que: “*Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória*”³⁵.

Contudo no ano de 2009 o mesmo tema era tratado da seguinte forma: “*O Supremo Tribunal Federal não reconhece a possibilidade constitucional de execução provisória da pena, por entender que orientação em sentido diverso transgrediria, de modo frontal, a presunção constitucional de inocência.*”³⁶

Com isso devemos esperar para que novamente o direito brasileiro busque e alcance novos ideais, no que tange a relevância jurídica, considerando a existência de ação penal em curso como maus antecedentes na dosimetria da pena e que assim como foi, juridicamente, um dia possa voltar a ser.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF, Segunda Turma, HC 119798/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 23.10.2013, DJe-212 – Divulgada em 24/10/2013 – Publicada em 25/10/2013. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800 Acesso em: 31/05/2016

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF, Segunda Turma, HC 99891/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 15.09.2009, DJe-237 de 17.12.2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17036/o-stf-e-a-execucao-provisoria-de-pena> Acesso em: 31/05/2016

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final da pesquisa é possível estabelecer as principais características dos institutos e o foco principal da palavra “antecedentes”, apresentando-se no seguimento da pesquisa a constitucionalidade em se considerar a ação penal, ou ações penais, em curso como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena, sendo apresentado arcabouço teórico básico para abordagem do tema e suas hipóteses de cabimento, tema central desse estudo.

Após conceituação do pontos basilares da pesquisa, foram apresentadas as controvérsias ocorridas no próprio Direito Brasileiro acerca do tema. Apresentada ao final sua constitucionalidade bem como os benefícios jurídicos e sociais ao se corrigir injustiças ou inadequações dentro de um julgamento de um delinquente habitual inserido na sociedade pelo Estado e tendente unicamente a delinquir.

A eficácia da prestação jurisdicional deve ser reapresentada a sociedade brasileira, tão assolada pela criminalidade, assim sendo buscar-se-á a paz social que é objetivo originário do direito.

O ganho jurídico da pesquisa é demonstrar que a Lei Penal apresenta uma lacuna na qual há controvérsias sobre violação de princípio da Constituição cidadã, situação jurídica motivadora no instante de reforma da lei, podendo haver uma provocação do Poder Legislativo Federal no sentido de elucidar essa lacuna com regras inovadoras e atuantes, ou simplesmente reconhecê-las de fato no sistema normativo.

A implantação dessa pesquisa no ramo prático simboliza a vitória dos preceitos da justiça e da liberdade, frente à segurança jurídica, pois a partir do momento em que os delinquentes habituais tiverem a ciência de que serão apenados por todas suas práticas delitivas irão ponderar ante a prática de novos crimes, até mesmo porque em grande maioria dos casos estarão cumprindo suas penas e não terão a possibilidade de inserir-se no meio social para voltarem a delinquir, e nesse sentido, agindo assim a justiça brasileira trará benefícios jurídicos atuais e principalmente futuros para a sociedade.

O ganho social da presente pesquisa é o de proporcionar e garantir segurança jurídica no Direito Penal Brasileiro, elevando o sentimento social de efetiva justiça, favorecendo a sociedade brasileira com enaltecimento de segurança subjetiva e objetiva. No atual cenário social essa é a vontade do povo, de promover a justiça através da democracia que é condizente com nosso Estado Democrático de Direito, o qual veda desigualdades e promove a Dignidade da Pessoa Humana.

À todos deve ser dada uma nova chance de se inserir na sociedade, contudo, aos concorrentes violadores penais que ceifam vidas, à liberdade, e outros bens e valores sociais deve ser dado tratamento proporcional à grandeza de seus atos violentos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. HC 72840. Relator Carlos Veloso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+72840%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jhs2e2h>. Acesso em 30/05/2016

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP. HC 149.906/3-SP. Relator Dirceu Mello. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/158644134/habeas-corporus-hc-22208654120148260000-sp-2220865-4120148260000/inteiro-teor-158644145>. Acesso em 30/05/2016

BRASIL. Superior Tribunal Justiça – STJ. Quinta Turma. HC 106.089. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?processo=444&&b=SUMU&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em 31/05/2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. HC 73394. Primeira turma. Relator Moreira Alves. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/744401/habeas-corporus-hc-73394-sp>. Acesso em 31/05/2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF, Segunda Turma, HC 119798/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 23.10.2013, DJe-212 – Divulgada em 24/10/2013 – Publicada em 25/10/2013. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800 Acesso em: 31/05/2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - STF, Segunda Turma, HC 99891/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 15.09.2009, DJe-237 de 17.12.2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17036/o-stf-e-a-execucao-provisoria-de-pena> Acesso em: 31/05/2016

BRASILEIRO, **Código Penal** (1940). DECRETO-LEI Nº 2.848. Rio de Janeiro, de 7 de dezembro de 1940.

BRASILEIRO, **Lei de Introdução às Normas do Direito**. DECRETO-LEI Nº 4.657. Rio de Janeiro, de 04 de setembro de 1942.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 10ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2015.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, França, 26 de agosto de 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 31/05/2016

DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM, Bogotá, 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm. Acesso em: 31/05/2016

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em: 31/05/2016

FILHO, Francisco Bissoli. **Estigmas da Criminalização: *DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS À REINCIDÊNCIA CRIMINAL***. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. **Introdução ao Estudo do Direito – TÉCNICA, DECISÃO, DOMINAÇÃO**. 4ª Ed. São Paulo. Atlas, 2003

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabrinni. **Processo Penal**. Vol.1. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal – PARTE GERAL E ESPECIAL**. 4ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2008.