

Gina Muniz: A caminho da (famigerada) pena de caráter perpétuo

Em recente decisão plenária, nos autos do [RE 593.818](#), julgado no último dia 18, a Suprema Corte, por maioria de votos [1], entendeu que o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, regulamentado no [art. 64, inciso I, do CP](#), para fins de reconhecimento de maus antecedentes.



Dito de outro modo: os juízes podem, quando da fixação da

pena-base, valorar como maus antecedentes as condenações anteriores transitadas em julgado, mesmo que já tenha decorrido mais de cinco anos da extinção da pena.

O ponto nodal do presente artigo consistirá em uma análise do posicionamento do STF acerca da matéria. Para tanto, se realizará um cotejo crítico entre os fundamentos que conduziram a maioria dos ministros do STF a entender pela inadmissibilidade da aplicação do prazo quinquenal de prescrição da reincidência ao reconhecimento dos maus antecedentes e as balizas que, noutro norte, servem de sustentáculo para adoção de entendimento oposto ao sufragado pela Corte Suprema.

Preliminarmente, há de se rebater o argumento falacioso de que a extensão do prazo quinquenal de prescrição da reincidência aos maus antecedentes desnaturalizaria a diferença entre os dois institutos jurídicos. A reincidência é uma agravante, sopesada na segunda fase de aplicação da pena ao passo que os maus antecedentes configuram uma circunstância judicial, que deve ser valorada na primeira fase da dosimetria da pena. As distinções são evidentes!

Esclarece-se ainda que a aplicação do prazo previsto no artigo 64, inciso I, do CP aos maus antecedentes não configuraria esvaziamento desse instituo. Os maus antecedentes encontram guarida nos casos de sentença condenatória transitada em julgado com relação a fato posterior ao objeto do julgamento. Existem ainda os casos em que um apenado possui duas sentenças condenatórias transitadas em julgado, anteriores à prática do fato, cujo cumprimento das penas não suplantou o prazo de cinco anos, uma delas será utilizada para configurar a reincidência e a outra para o reconhecimento dos maus antecedentes.

É cediço que, diante da ocorrência de um crime, surge para o Estado o direito de punir. Todavia, não se trata de um direito ilimitado, sendo imprescindível a observância dos princípios constitucionais e legais que legitimam a aplicação de uma pena.

Destarte, para assegurar que a pena aplicada seja justa e adequada à repressão e prevenção do delito, a lei fornece parâmetros para que o magistrado opere a dosimetria da reprimenda. A aplicação da pena baseia-se em um critério trifásico, em que são observados, na seguinte ordem, as circunstâncias judiciais, as circunstâncias agravantes e atenuantes e as causas de aumento de diminuição da pena.

O ministro Barroso, relator do RE 593.81, sustentou que o julgador tem competência discricionária para, por ocasião da dosimetria da pena, reconhecer os maus antecedentes do réu e que, para tanto, é imprescindível que tenha acesso a informações do passado do réu, em consonância com os princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena.

Todavia, esses argumentos são frágeis. Imagine-se uma situação hipotética em que dois réus respondem pela prática de um crime, um deles confessa a conduta criminosa ao passo que o outro nega, o juiz não fixará pena aquém do mínimo legal em relação ao acusado que tem em seu favor a atenuante da confissão espontânea. Até existem vozes a sustentar que, nesses casos, a pena deve ser fixada abaixo do mínimo legal, pois as circunstâncias atenuantes devem sempre abrandar a pena, ainda que esta já se encontre no patamar mínimo estabelecido para o tipo penal [\[2\]](#). Todavia, esses argumentos são rechaçados pelos tribunais brasileiros.

É preciso fincar também que o princípio da individualização da pena surge como uma verdadeira garantia ao indivíduo, com o intuito de conter o poder punitivo estatal e não de promover sua expansão. Ademais, umas das finalidades da pena é promover a ressocialização do condenado e esta meta resta prejudicada se o apenado for perpetuamente estigmatizado como criminoso. Já aludia Carnelutti: *"O encarcerado, saído do cárcere, crê não ser mais encarcerado; mas as pessoas não. Para as pessoas, ele é sempre encarcerado; quando muito se diz ex-encarcerado"* [\[3\]](#).

Outrossim, a Carta Magna (artigo 5º, inciso XLVII, "b", da CF) estabelece a vedação de penas de caráter perpétuo, o que nos autoriza a concluir pela impossibilidade de valoração negativa dos antecedentes criminais, sem qualquer limite temporal, *ad infinitum*. Nesse sentido, é o questionamento do ministro Gilmar Mendes, nos autos no [RE 593.818](#): *'Diante da vedação de penas perpétuas, das finalidades da pena criminal e da dignidade da pessoa humana, pode-se valorar negativamente antecedentes sem limites temporais?'*. Trata-se, sobretudo, de um direito ao esquecimento na seara penal.

A Constituição Federal estabelece serem imprescritíveis apenas dois crimes: o racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (artigo 5º, incisos XLII e XLIV, da CF). À exceção dessas duas hipóteses constitucionais, a regra é a prescritibilidade das penas, vale dizer: as penas extinguem-se pelo cumprimento ou pelo decurso da prescrição.

O reconhecimento dos maus antecedentes é um dos efeitos da condenação. Ora, se até penas principais prescrevem, não é razoável que o reconhecimento dos maus antecedentes prevaleça *ad aeternum*. Dessa feita, em consonância com a proibição constitucional de penas de caráter perpétuo, é imprescindível a fixação de um prazo prescricional, após o qual não será mais possível que as condenações criminais transitadas em julgado configurem maus antecedentes.

Reproduzimos, mais uma vez, as palavras do ministro Gimar Mendes, nos autos do [RE 593.818](#): *"Assentada a premissa de que também deve haver limite temporal para a consideração de maus antecedentes, impõe-se a verificação do quantum de tal prazo depurador. Certamente, caberia ao legislador definir um limite temporal distinto, talvez mais amplo, do que aquele fixado para a reincidência. Contudo, ausente previsão de tal prazo no Código Penal, ao Judiciário cabe buscar critério já existente na legislação infraconstitucional"* [4].

Outro importante argumento ventilado no entendimento minoritário é a falta de lógica entre se estabelecer um prazo máximo para o reconhecimento da reincidência, que é mais gravosa, e vigorar indefinidamente a verificação dos maus antecedentes. Nessa mesma linha, pontuou o ministro Marco Aurélio, nos autos do ora comentado [RE 593.818](#): *"Se o decurso de 5 anos, contados do término da reprimenda, afasta a reincidência, agravante de envergadura maior, atinge, também, os maus antecedentes, circunstância judicial de reprovabilidade menor. Insubsistente o mais, nação resiste o menos"*.

Não se nega que sejam legítimas as pretensões da sociedade em ter um sistema punitivo eficaz. É preciso, todavia, fincar que inexiste vínculo entre a salvaguarda dos direitos fundamentais inerentes à dosimetria da pena e a insuficiência estatal no seu papel de combater a criminalidade. Não se pode mais conceber o processo penal apenas como meio de defesa social, olvidando sua missão de garantia do cidadão. Nesse sentido, leciona Ferrajoli: *"É verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos, mas também pelas penas arbitrárias"* [5]. Pensar o contrário é permitir que o discurso punitivista atropela as garantias fundamentais.

Em conclusão, a ausência de restrição temporal para o reconhecimento de maus antecedentes não encontra guarida na sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, vez que a Constituição Federal é categórica em vedar penas de caráter perpétuo. Ressalta-se que a vedação constitucional também foi violada pela nova redação do artigo 75 do CP, conferida pelo pacote "anticrime", que aumentou o prazo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade de 30 para 40 anos [6].

Em arremate à análise do [RE 593.818](#), pensa-se que o posicionamento do STF, com força vinculante para todo o Judiciário brasileiro, vez que foi reconhecida repercussão geral à matéria, representa um retrocesso na salvaguarda do princípio da humanidade da pena e constitui verdadeira concretização da famigerada pena de caráter perpétuo. Vamos mesmo seguir por esse caminho?!

Referências bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, parte geral*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2020

CARNELUTTI, Francesco; *As Misérias do Processo Penal*. São Paulo: Editora Nilobook, 2013

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4 ed. Tradução Juarez Tavares, Luiz Flavio Gomes, Ana Paula Zomer Sica e Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

[1] Votaram nesse sentido os ministros Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Luiz Fux.

[2] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, parte geral, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2020, p.855

[3] CARNELUTTI, Francesco; *As Misérias do Processo Penal*. São Paulo: Editora Nilobook, 2013, p. 99

[4] Também no sentido da utilização do prazo previsto no artigo 64, inciso I do CP para fins de reconhecimento de maus antecedentes, vide BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit*, p. 852-853.

[5] FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4 ed. Tradução Juarez Tavares, Luiz Flavio Gomes, Ana Paula Zomer Sica e Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 506.

[6] Um dos fundamentos para essa mudança legislativa foi o aumento da expectativa de vida dos brasileiros, que, em 1940 (ano que foi elaborado o CP) era de 45 anos e atualmente se elevou para 70-72 anos. Todavia, não há como se negar que os encarcerados vivem em condições sub-humanas, e, portanto, tem uma média de vida aquém dos demais brasileiros.

Date Created

27/08/2020