

## VOTO

**O Senhor Ministro Alexandre de Moraes:** Trata-se de Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, com fundamento no art. 102, inciso “III”, alínea “a”, da Constituição Federal, em face de acórdão do Tribunal de Justiça que não considerou condenações, cujas penas foram extintas há mais de cinco anos, como maus antecedentes.

No apelo extremo, o órgão ministerial asseverou que:

“A definição da questão constitucional debatida neste recurso, consubstanciada na correta exegese do artigo 5º, LVII, da Constituição da República, encontra relevância jurídica suficiente para permitir o seu conhecimento, especialmente considerando-se que eventual pronunciamento desse Supremo Tribunal invariavelmente trará repercussões futuras quanto a sua aplicação, particularmente porque a presunção de não-culpabilidade é uma garantia constitucional fundamental que tem lugar na instrução penal e não na dosimetria da pena, exercendo forte influência no momento final da prestação jurisdicional penal.

Com efeito, parte dos doutrinadores e da jurisprudência tem entendido que a existência de condenações penais anteriores, mesmo relevando-se inaplicável a circunstância agravante da reincidência sobre o que dispõe o artigo 64, I, do Código Penal, ou seja, aquelas condenações com trânsito em julgado há mais de 5 (cinco) anos, não podem ser considerados como maus antecedentes, porque violaria a presunção de inocência.

Não parece, no entanto, que a garantia constitucional da presunção de inocência ou de não culpabilidade, projeta-se a essa dimensão.

Todos os dados da vida pregressa do acusado (bons ou maus) são importantes à individualização da pena, de modo que condenações pretéritas, ou seja, aquelas com trânsito em julgado há mais de 5 (cinco) anos, não podem passar despercebidas no momento da fixação da pena, porque injustificável a não diferenciação de um cidadão sem qualquer registro criminal com outro possuidor de um ou mais processos criminais.

Entendimento contrário estará concedendo benesse não prevista em lei, trazendo instabilidade à aplicação da lei penal e descrença no sistema repressor estatal perante a sociedade.

Ressalta evidente, assim, a repercussão geral da questão constitucional discutida no presente não usar – visto que incorreta a aplicação da garantia constitucional -, sendo necessária a adequada interpretação do artigo 5º, LVII, da Constituição da República por seu guardião, esse Tribunal, particular circunstância que autoriza o conhecimento e a análise do mérito do presente recurso”.

O Tribunal de origem admitiu o apelo extremo.

Em 5 de fevereiro de 2009, esta CORTE reconheceu a existência da repercussão geral da matéria, em acórdão assim ementado:

“MATÉRIA PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MAUS ANTECEDENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA EXTINTA HÁ MAIS DE CINCO ANOS. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE. MANIFESTAÇÃO PELO RECONHECIMENTO DO REQUISITO DA REPERCUSSÃO GERAL PARA APRECIACÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

Instado a se manifestar, o órgão ministerial opinou pelo provimento do recurso extraordinário. Constou do parecer:

“Em que pesem as formulações em sentido contrário, temos que, antes de constituir afronta ao princípio da presunção de inocência, a consideração das circunstâncias judiciais do réu, inclusos aí os antecedentes penais, tornam possível ao Estado, no exercício do *jus puniendi*, a imposição de pena adequada e suficiente.

O desprezo de tais elementos no momento da fixação da reprimenda implicaria, inevitavelmente, ofensa aos princípios da individualização da pena e da isonomia, posto que conferiria tratamento igual a réus que se encontram em situações diversas.

(...)

Levando em conta a expressão distinta que a própria legislação penal faz entre reincidência e maus antecedentes, consideramos correta a aferição de todos os incidentes relevantes da vida pregressa do réu que com a reincidência não se confundam para fins de individualização da pena, o que não resvala para a indevida aplicação de um direito penal de autor, tão combatido na contemporaneidade,

nem sequer para a inobservância do princípio da presunção de inocência, até porque deverão tais incidentes ser sopesados pelo magistrado sentenciante sob o prisma da proporcionalidade”.

É o relato do essencial.

Entendo não ser possível unificar duas hipóteses legislativas com consequências diversas, como **reincidência** e **maus antecedentes**. A legislação penal é muito clara em diferenciar os referidos institutos. Não se pode, com todo o respeito às posições em contrário, simplesmente, acabar com um dos requisitos valorativos da fixação da pena - maus antecedentes, transformando o que está previsto expressamente no Código Penal.

Com efeito, os vetores do art. 59 devem ser analisados na primeira fase de aplicação da pena, enquanto a reincidência é aplicada na segunda fase, por se tratar de uma das circunstâncias agravantes do art. 61.

Veja-se que, no art. 64, o Código Penal afasta os **efeitos** da reincidência, e não a reincidência no prazo de cinco anos. Ora, entendo eu, afasta os efeitos da reincidência para fins da circunstância agravante do art. 61, I; e não para a fixação da pena-base do art. 59, que trata dos antecedentes - os bons ou maus antecedentes. Quando o Código Penal retira, após cinco anos, os efeitos da reincidência, significa apenas que ele suprimiu um gravame para algumas situações, como, por exemplo, a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Não se pretende induzir ao raciocínio de que a pessoa que já sofreu condenação penal terá maus antecedentes pelo resto da vida, mas que, havendo reiteração delitiva, a depender do caso concreto, o juiz **poderá** avaliar essa condenação anterior, que não se enquadra no conceito de reincidência, como mau antecedente.

No mesmo sentido é o magistério de GUILHERME DE SOUZA NUCCI, conforme se depreende do seguinte excerto:

5-A. Caducidade dos maus antecedentes: diversamente da reincidência, os maus antecedentes não caducam. O período depurador relativo à reincidência (art. 64, I, CP), de cinco anos, justifica-se porque essa circunstância acarreta vários gravames ao acusado/condenado (...). Eis o motivo pelo qual há um prazo pra caducar. Os antecedentes criminais, para fins penais, só têm um efeito,

figurando como circunstância judicial (art. 59, CP), visando a mensurar a pena-base. Por outro lado, comprovada a reincidência, deve o juiz aplicar a agravante (art. 61, I, CP), que pode gerar uma elevação da pena, na segunda fase da fixação de pena, de um sexto ou mais. Quanto aos antecedentes, a sua aplicação depende do critério do julgador, sendo de consideração facultativa. Ademais, os maus antecedentes devem ser avaliados pelo magistrado no caso concreto, justamente para que apresentem alguma conexão com o crime cometido pelo agente. ( *Código Penal Comentado* . 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 455.)

Por fim, esta CORTE já decidiu ser viável, para fins de **maus antecedentes**, a consideração de condenação por fato anterior quando o seu trânsito em julgado tiver ocorrido no curso da ação penal em exame, diferentemente do que se exige para a configuração da **reincidência**.  
Precedentes:

DIREITO PENAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDENAÇÃO CUJO TRÂNSITO EM JULGADO OCORREU NO CURSO DA AÇÃO A QUE ORA RESPONDE O PACIENTE. MAUS ANTECEDENTES. CARACTERIZAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

I - Embora o paciente não possa ser considerado reincidente, uma vez que o trânsito em julgado da condenação por fatos anteriores ocorreu no curso da ação a que ora responde, tal fato caracteriza maus antecedentes e permite a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

II - Recurso desprovido

(RE 608.718-AgR, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe 11/4/2011).

(...) 3. Sentença condenatória com trânsito em julgado posterior ao fato delituoso de que o paciente é acusado neste *writ*, que, embora não possa ser considerada para o efeito de reincidência, configura maus antecedentes.

(HC 82.202/RJ, Relator Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, DJe 19/12/2002)

Ilustrativos desse entendimento, destacam-se, ainda, os seguintes julgados: HC 122.181/BA, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 30/9/2014 e HC 95.585/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe de 19/12/2008. Este último assim ementado:

(...) Não há que confundir as noções de maus antecedentes com reincidência. Os maus antecedentes representam os fatos anteriores ao

crime, relacionados ao estilo de vida do acusado e, para tanto, não é pressuposto a existência de condenação definitiva por tais fatos anteriores. A data da condenação é, pois, irrelevante para a configuração dos maus antecedentes criminais, diversamente do que se verifica em matéria de reincidência (CP, art. 63).

Em sede doutrinária, CELSO DELMATO ensinou que:

Condenação por fato anterior, transitada em julgado após o novo fato: embora não gere reincidência, sendo o acusado, como se costuma dizer de forma imprópria, tecnicamente primário, pode ser considerado como mau antecedente. (*Código Penal Comentado*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 254.)

Na mesma esteira, a doutrina balizada discorre sobre o tema:

Condenações anteriores, a habitualidade no crime e mesmo outros fatos desabonadores comprovados, porém, indicam maus antecedentes do acusado. Mesmo a condenação anterior já atingida pelo período depurador previsto no art. 64, inciso I, do CP, ainda que não gere reincidência, deve ser considerada como mau antecedente". (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*, São Paulo: Atlas, 2013, p. 326).

"Por antecedentes se devem entender os fatos anteriores praticados pelo réu, que podem ser bons ou maus. São maus antecedentes aqueles fatos que merecem a reprovação da autoridade pública e que representam expressão de sua incompatibilidade com os imperativos ético-jurídicos. A finalidade desse modulador, como os demais constantes do art. 59, é simplesmente demonstrar a maior ou menor afinidade do réu com a prática delituosa. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 298).

"Os antecedentes dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência. Entendemos que, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência, somente as condenações anteriores com trânsito em julgado, que não sirvam para forjar a reincidência, é que poderão ser consideradas em prejuízo do sentenciado, fazendo com que a sua pena-base comece a

caminhar nos limites estabelecidos pela lei penal” (GRECO, Rogério. Código Penal Comentado, Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 193)

Análise do caso dos autos:

No caso concreto, o recorrido foi absolvido pelo Juízo de origem pela prática dos crimes de corrupção de menores, receptação e de posse de material destinado ao tráfico de drogas (art. 13 da Lei 6.368/1976). Foi condenado à pena de 3 anos e 8 meses, pelo delito de tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368/1976).

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao julgar o recurso de apelação em 1º/11/2007, deu parcial provimento ao recurso ministerial para condenar o recorrido também pelo crime de corrupção de menores, assentando não ser possível considerar, para a fixação da pena-base, condenações criminais extintas há mais de 5 (cinco) anos.

No caso em tela, o recorrido possuía – à época dos fatos - uma condenação por uso de substância entorpecente (art. 16 da Lei 6.368/1976), cuja pena foi extinta em 17/8/1999 (vol. 1, fl. 92).

Verifico, portanto, que a reprimenda ali aplicada não foi suficiente para a prevenção do novo delito, havendo reiteração delitiva. Todavia, considerando que a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina expressamente considerou outras circunstâncias desfavoráveis na primeira fase da dosimetria da pena e fixou-a acima do mínimo legal (4 anos), o que parece razoável no caso concreto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, apenas para afastar a impossibilidade de considerar, para fixação de pena-base, condenações criminais extintas há mais de 5 anos.

É como voto.

( Proposta de tese: *O prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, não impede o reconhecimento de maus antecedentes na primeira fase da dosimetria da pena.*)