

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mediante a interposição do recurso extraordinário nº 593.818, relator o ministro Luís Roberto Barroso, submetido à sistemática da repercussão geral – Tema nº 150 –, busca-se a reforma de acórdão no qual o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, interpretando o inciso I do artigo 64 do Código Penal, concluiu que as condenações cujas sanções estejam extintas há mais de 5 anos não repercutem para efeito de fixação da pena, considerada a básica, estendendo o preceito legal alusivo à reincidência a ponto de abranger as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal.

No extraordinário, o Ministério Público estadual aponta violado o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Aduz que as condenações abrangidas pelo artigo 64, inciso I, do Código Penal, em virtude de não revelarem a reincidência, devem ser levadas em conta na apreciação dos antecedentes do apenado. Conforme assevera, entendimento contrário vai de encontro ao princípio da isonomia em relação a condenados não possuidores de registro criminal anterior. Cita precedentes do Supremo no sentido da possibilidade de valoração, a título de maus antecedentes, das condenações que não se prestam a gerar a reincidência.

Iniciado o julgamento, o Relator, ministro Luís Roberto Barroso, proferiu voto dando parcial provimento ao recurso. Propôs tese segundo a qual “não se aplica, para o reconhecimento dos maus antecedentes, o prazo quinquenal de prescrição da reincidência previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal”, no que foi acompanhado pelos ministros Alexandre de Moraes, Luiz Edson Fachin, Rosa Weber e Cármen Lúcia, tendo o ministro Ricardo Lewandowski inaugurado a divergência.

A par da relevância dos argumentos lançados, pedi vista do processo ante o fato de, na sessão realizada, apenas 7 das 11 cadeiras estarem ocupadas – quórum insuficiente ao adequado deslinde da controvérsia, cuja análise, no Colegiado Maior, apresenta traços de ineditismo. No mais, especialmente em razão do score já alcançado – 5 a 1 –, surge real a possibilidade de ter-se placitado entendimento jamais pacificado pelas Turmas do Tribunal, circunstância a reclamar exame vertical da problemática posta.

No tocante à admissibilidade do extraordinário, a pressupor transgressão ao texto constitucional, observem inexistir, na Lei Maior, preceito a direcionar à consideração dos maus antecedentes mesmo se transcorrido o período de 5 anos após o cumprimento ou extinção da pena. Fixados os contornos da matéria, tem-se simples definição a respeito do alcance da norma veiculada no artigo 64, inciso I, do Código Penal – saber se, decorrido o lapso de tempo ali previsto, condenação anterior pode ser levada em conta como reveladora de maus antecedentes.

A circunstância de o Supremo haver reconhecido, no dito Plenário Virtual, a repercussão maior da questão não o compele a tratar do tema de fundo do recurso, cabendo o não conhecimento em função de qualquer defeito, inclusive ausência de atendimento a permissivo constitucional legal. Nada obstante, cuida-se de temática ainda não enfrentada no Colegiado Maior, mas somente nos órgãos fracionários do Tribunal, já tendo sido iniciado o julgamento de mérito no verdadeiro Plenário, presencial – circunstância a recomendar seja aberto o embrulho com a apreciação definitiva da matéria pelo Órgão de cúpula do Judiciário, última trincheira da cidadania.

No âmbito da Segunda Turma, inúmeros são os precedentes a traduzirem compreensão majoritária segundo a qual, constatado o decurso de 5 anos do cumprimento ou extinção da pena, condenações pretéritas não podem ser tidas como maus antecedentes, na forma do artigo 64, inciso I, do Código Penal. Confirmam as seguintes ementas:

Habeas corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Condenação. 3. Aumento da pena-base. Não aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06. 4. Período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP. Maus antecedentes não caracterizados. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana. 5. Direito ao esquecimento. 6. Fixação do regime prisional inicial fechado com base na vedação da Lei 8.072/90. Inconstitucionalidade. 7. Ordem concedida.

(*Habeas corpus* nº 126.315, relator o ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 7 de dezembro de 2015.)

Habeas corpus . Penal. Dosimetria. Fixação da pena-base acima do mínimo legal em decorrência de maus antecedentes. Condenação transitada em julgado há mais de 5 (cinco) anos. Aplicação do disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal. Possibilidade. Precedentes. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida.

1. Quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a 5 (cinco) anos, conforme previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes. 2. Ordem concedida.

(*Habeas corpus* nº 130.500, relator o ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, com acórdão veiculado no Diário da Justiça do dia 18 de dezembro de 2015.)

PENAL. *HABEAS CORPUS* . CONDENAÇÃO PRETÉRITA CUMPRIDA OU EXINTA HÁ MAIS DE 5 ANOS. UTILIZAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES DA SEGUNDA TURMA. ORDEM CONCEDIDA.

I - Nos termos da jurisprudência desta Segunda Turma, a existência de condenações pretéritas não podem ser adas como maus antecedentes quando o paciente, nos termos do art. 64, I, do Código Penal, não puder mais ser considerado reincidente. Precedentes.

II – Ordem concedida, para determinar ao Juízo da origem que afaste o aumento da pena decorrente da ação como maus antecedentes de condenação pretérita alcançada pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do CP.

(*Habeas corpus* nº 138.805, relator o ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de maio de 2017.)

Sob essa óptica, vale reproduzir, ante o caráter didático, as precisas palavras do saudoso ministro Teori Zavascki, proferidas no julgamento, na sessão da Segunda Turma de 10 de maio de 2016, do *habeas corpus* nº 128.153, articulando com a jurisprudência dominante do Órgão julgador: “quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a 5 (cinco) anos, conforme previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes”.

Não foi outra a conclusão da Primeira Turma ao examinar, em 11 de fevereiro de 2014, o *habeas* de nº 119.200, relator o ministro Dias Toffoli, quando, nos termos empregados por Sua Excelência, proclamou que “eventuais deslizamentos na vida pregressa do sentenciado que não tenha, há mais de cinco anos, contados da extinção de pena anterior que lhe tenha

sido imposta, voltado a delinquir, não podem mais ser validamente sopesados como circunstâncias judiciais desfavoráveis”.

Cumpra mencionar, porém, que, em assentadas posteriores, modificada a composição, o referido Colegiado deixou de implementar a ordem em ações reveladoras de controvérsia análoga. De acordo com a sempre ilustrada maioria, encontrando-se o tema submetido ao regime da repercussão geral e ausente pronunciamento definitivo do Plenário, surgiria inviável ter-se como ilegal ou abusiva decisão mediante a qual valoradas, como maus antecedentes, condenações anteriores, ainda que passados 5 anos desde o cumprimento ou extinção da pena. É de transcrever, a propósito, para fim de documentação, a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A MODIFICÁ-LA. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. CONTROVÉRSIA SUBMETIDA À SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão recorrida.

2. O afastamento dos maus antecedentes na hipótese em que ultrapassado o prazo para reconhecimento da reincidência penal é tema pendente de julgamento, sob a sistemática da repercussão geral, nesta Corte (Tema 150, RE 593.818, Rel. Min. Roberto Barroso).

3. Diante da existência de precedentes em ambos os sentidos, e forte na ausência de definição da matéria pelo Plenário da Corte, a decisão que opta por uma das correntes não se qualifica como ilegal ou abusiva, âmbito normativo destinado à concessão de habeas corpus de ofício.

4. Agravo regimental desprovido.

(Agravo regimental no *habeas corpus* nº 132.120, relator o ministro Luiz Edson Fachin, Primeira Turma, com acórdão veiculado no Diário da Justiça do dia 6 de março de 2017.)

A despeito da pendência de análise deste extraordinário no Pleno, observa-se haver a Primeira Turma, em julgamentos recentes, decidido pela apreciação do mérito da questão, assentando, por maioria, que “condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo decurso do prazo de 5 anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus

anteriores”. A título exemplificativo, cito: agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus* nº 158.506, relator o ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 4 de dezembro de 2019; e agravo regimental no recurso extraordinário nº 1.242.441, relator o ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, com acórdão veiculado no Diário da Justiça do dia 19 de dezembro de 2019.

A matéria é sensível, sobretudo tendo em vista a atual divergência instaurada entre os Órgãos fracionários do Supremo, dissenso intestino a levar ao descrédito do próprio Judiciário – refletindo, por sua vez, renitente controvérsia em termos de doutrina, considerada a existência de respeitáveis correntes a trilharem caminhos diametralmente opostos.

De um lado, há quem sustente tese segundo a qual, “na hipótese de prescrição da reincidência, a condenação que caducou para esse fim continua válida para gerar maus antecedentes” (CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. v. I, Parte Geral, p. 490); de outro, balizada doutrina revela ser “indispensável que se respeite a limitação temporal dos efeitos dos ‘maus antecedentes’, adotando-se o parâmetro previsto para os ‘efeitos da reincidência’, fixado no art. 64 do CP em cinco anos, por autorizada analogia” (BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 297).

Ao apreciar, na sessão da Segunda Turma de 23 de junho de 1998, o *habeas corpus* nº 76.665, de minha relatoria, fiz ver, filiando-me à primeira corrente, que, “uma vez verificado o transcurso dos 5 anos previstos no inciso I do artigo 64 do Código Penal, possível é tomar-se a condenação como indicadora de maus antecedentes, para o efeito previsto no artigo 59 do diploma referido”.

Por ocasião do julgamento, em 17 de dezembro de 2014, do extraordinário de nº 591.054, de minha relatoria, quando o Supremo assentou, sob o ângulo da repercussão maior – Tema nº 129 –, a neutralidade, à guisa de maus antecedentes, de inquérito e ações penais ausente o trânsito em julgado do título condenatório, voltei a pronunciar-me, em caráter meramente argumentativo, a respeito da legitimidade de serem valoradas, como antecedentes negativos, condenações alcançadas pela preclusão maior, mesmo se transcorrido o prazo alusivo ao citado artigo 64, inciso I, do Código Penal.

Venho repetindo ao longo de mais de 40 anos de judicatura: devemos evoluir tão logo convencidos de assistir maior razão à tese inicialmente

repudiada, mesmo porque, lembrando Nietzsche, apenas os mortos não evoluem.

Toda vez que são implementadas regras de hermenêutica, de interpretação, e se chega a posição que implica incongruência, cabe recuar e proceder a nova interpretação para afastá-la, porquanto diplomas legais não visam à incoerência, ao absurdo.

Atentem para a organicidade do Direito. Conforme ensinamento de Jacob Bazarian, “quando não se respeitam as leis ou princípios lógicos, o pensamento perde sua precisão, sua coerência e consequência, e torna-se incoerente e contraditório” (*O problema da verdade* . São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1985. p. 117). Daí a importância, aponta o acadêmico turco radicado no Brasil na década de 1920, de recorrer-se aos princípios lógicos formais consagrados desde Aristóteles, em especial do terceiro excluído – a demonstrar que uma coisa é ou não é, não havendo espaço para o meio termo (“A é B ou A não é B”); e da não contradição – segundo o qual uma coisa não pode ser e não ser ela mesma, ao mesmo tempo e do mesmo ponto de vista (“A não é não-A”).

Em relação ao primeiro, prevendo o artigo 64, inciso I, do Código Penal a insubsistência da condenação verificada, passados os 5 anos nele aludidos, tomada, como termo inicial, a data do cumprimento ou da extinção da pena, tem-se a impossibilidade de considerá-la no exame dos antecedentes.

No que concerne ao segundo, não se pode, a um só tempo, asseverar a insubsistência da condenação pretérita para efeito de reincidência e levá-la em conta visando definir a existência ou não de antecedentes negativos. É dizer: 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, não resiste o menos.

A esse respeito, precisa é a observação de Paulo Queiroz, a professar que, cessada a reincidência em virtude do decurso do prazo assinado no referido dispositivo do Código Penal, mostra-se inadequado aproveitá-la como a revelar maus antecedentes:

[...] autores há que entendem que, retomando a condição de primária, em razão do decurso do prazo de cinco [anos] sem praticar novo delito, poder-se-á, não obstante, usar tal condenação como maus antecedentes. Também aqui, no entanto, há clara ofensa ao princípio

da legalidade, pois se, com o decurso do prazo, cessa a reincidência, principal forma de maus antecedentes, ela não pode ser aproveitada para outros fins, frustrando a finalidade da lei, até porque o acessório (maus antecedentes) deve seguir a sorte do principal (a reincidência). Mais: os maus antecedentes acabariam assumindo caráter perpétuo.

(*Direito Penal* : parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 342.)

Do contrário, ter-se-iam subvertidos os limites semânticos próprios ao conceito de primariedade, no que guarda relação de antonímia com o de reincidência, por sua vez afastada, ante expressa determinação legal, passados 5 anos do cumprimento ou da extinção da pena.

Daí por que, desde o exame, já na Primeira Turma, do *habeas corpus* nº 115.304, cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 26 de abril de 2016, evolui para, sob enfoque diverso do por mim adotado desde os idos da década de 1990, concluir pelo não reconhecimento de maus antecedentes quando insubsistente a reincidência, havendo sido acompanhado, a uma só voz, pelos integrantes do Colegiado:

ANTECEDENTES – CONFIGURAÇÃO. Decorridos mais de cinco anos desde o cumprimento da pena, o afastamento da reincidência inviabiliza o reconhecimento dos maus antecedentes.

A partir de então, em incontáveis *habeas corpus*, ação constitucional de envergadura maior, no que voltada a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão, tenho, mediante decisão individual, implementado tutela de urgência, liminar, ressaltando que o versado no artigo 64, inciso I, do Código Penal alcança não só a reincidência mas também os antecedentes.

Por dever de coerência, veiculei a mesma óptica no citado Órgão fracionário, ao apreciar os *habeas* de nº 128.923 e 135.400, respectivamente, em 18 de abril e 6 de junho de 2017, indicando, nesse último, a mudança do entendimento anteriormente adotado:

[...]

Da mesma forma, evoluo, como fiz em outro caso, observada a regra do artigo 64, inciso I, do Código Penal. Vê-se que a cabeça do artigo alude ao efeito de condenação anterior, decorrido período de 5 anos, presente o cumprimento ou extinção da pena, à reincidência. Interpretação integrativa do preceito sinaliza no sentido de ter-se como apagada a condenação enquadrável no citado inciso. O princípio lógico racional do terceiro excluído leva a essa conclusão, sob pena de verdadeira incongruência: ocorre a suplantação do evento passados os

5 anos, mas, mesmo assim, é considerado sob o ângulo de circunstância negativa.

A não se concluir assim, proclamar-se-á que o cidadão permanecerá indefinidamente com a “espada de Dâmocles sobre a cabeça”, afastando-se, em última análise, a esperança, elemento indispensável à evolução, à ressocialização do homem.

Apesar do silêncio legal acerca do conceito de maus antecedentes, o delineamento deste não pode afastar-se das balizas legais, em observância ao princípio da legalidade penal estrita. Resgata-se a primariedade decorridos 5 anos desde o cumprimento da pena, à luz do preceito do artigo 64, inciso I, do Código Penal. A reabilitação pode ser postulada depois de 2 anos, contados, igualmente, do encerramento da sanção – artigo 94 do citado diploma. E, após o fenômeno, é vedada, nas certidões criminais, alusão à condenação, salvo ante requisição judicial, nos termos do artigo 202 da Lei de Execução Penal.

Análise sistemática da legislação de regência não abre margem a dúvidas: é nítida a preocupação do legislador em limitar, temporalmente, os efeitos da condenação, em sintonia com a proibição de penas perpétuas contida no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”, da Constituição Federal.

Mostra-se inadequado submeter o cidadão à eterna penalização considerados erros passados, em razão dos quais já tenha sido condenado com o conseqüente cumprimento da reprimenda, observada a ordem natural do processo-crime, no que direciona a apurar para, selada a culpa, executar a pena.

Não é demais lembrar as palavras do saudoso ministro Evandro Lins e Silva, ele próprio vítima direta do arbítrio do regime de exceção inaugurado em 1964 e agravado mediante a edição, em 1º de fevereiro de 1969, do Ato Institucional nº 5: “o cativo das cadeias perpetua-se, ante a insensibilidade da maioria, como forma ancestral de castigo”.

Firme nessa premissa, a interpretação do arcabouço normativo há de fazer-se evitando, tanto quanto possível, a perpetuação das sanções, sob o risco de ter-se verdadeiro retrocesso constitucional, civilizatório em sentido maior.

Dirirjo do Relator para negar provimento ao extraordinário, assentando que, transcorridos mais de 5 anos desde o cumprimento da pena, o afastamento da reincidência inviabiliza o reconhecimento dos maus antecedentes.

Plenário Virtual - minuta de voto - 07/08/20 00:00