



Assessoria de Atuação no Supremo Tribunal Federal – AASTF
5º Ofício Defensoria Pública-Geral da União

**EXMO. SR. MINISTRO ROBERTO BARROSO, RELATOR DO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.818/SC**

A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO vem, por intermédio do Defensor Público Federal de Categoria Especial, que atua por delegação do Defensor Público-Geral Federal, na condição de *amicus curiae*, apresentar sua **MANIFESTAÇÃO**, nos autos do processo em epígrafe, pelos motivos adiante expostos.

1. Da matéria submetida à repercussão geral.

Cuida-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina em face de acórdão que deixou de considerar, como maus antecedentes, condenações a penas já extintas há mais de cinco anos.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ao fixar a pena-base e examinar a circunstância judicial dos antecedentes, reconheceu que os efeitos da pena findam no prazo de cinco anos, nos termos do art. 64, I, do Código Penal. Assim, deixou de considerar determinada condenação transitada em julgado como maus antecedentes.

No recurso extraordinário, postula-se seja considerado na aplicação da pena-base o aumento relativo aos maus antecedentes.

2. Da manifestação pela depuração dos maus antecedentes.

2.1. Da inconstitucionalidade do processo de etiquetamento decorrente da consideração temporalmente ilimitada dos maus antecedentes. Da violação aos arts. 1º, III, 3º, IV, 5º, XLVII, *b*, e ao direito fundamental implícito ao esquecimento. Da inconveniência.

Admitir que os maus antecedentes possam prosperar além do prazo depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, equivale a atribuir à condenação efeitos perpétuos.

Ensinam Zaffaroni e Pierangeli que o art. 5º, XLVII, *b*, da Constituição da República, ao vedar as penas de caráter perpétuo, não pode ser lido de forma restrita. A exclusão da pena perpétua de prisão importa que, como lógica consequência, não haja delitos que possam ter penas ou consequências penais perpétuas. Por mais grave que seja o delito praticado, não se admite que o autor perca a sua condição de pessoa, passando a ser um indivíduo “marcado”, “assinalado”, estigmatizado, reduzido à condição de marginalizado perpétuo¹. Não por outro motivo, a doutrina sugere limitar temporalmente a incidência dos antecedentes, invocando o prazo depurador de 5 anos, adotado para a reincidência².

¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul e José Henrique Pierangeli. Manual de Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 786.

² CARVALHO, Amilton Bueno de e Salo de Carvalho. Aplicação da Pena e Garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 44. No mesmo sentido, BOSCHI, José Antônio Paganella. Das Penas e seus Critérios de Aplicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 208.



Assessoria de Atuação no Supremo Tribunal Federal – AASTF
5º Ofício Defensoria Pública-Geral da União

Em memorável voto, o Ministro Gilmar Mendes destaca:

(...) a possibilidade de sopesarem-se negativamente antecedentes criminais, sem qualquer limitação temporal ad aeternum, em verdade, é pena de caráter perpétuo mal revestida de legalidade³.

O processo de etiquetamento decorrente da consideração temporalmente ilimitada de maus antecedentes, além de violar o art. 5º, XLVII, *b*, da Constituição da República, é absolutamente incompatível com o fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República) e com o objetivo fundamental de erradicação de qualquer tipo de discriminação (art. 3º, IV, da Constituição da República). A labelização atinge o próprio núcleo do Estado Democrático de Direito. Ademais, esses dispositivos constitucionais instauram, na seara penal, o direito fundamental implícito ao esquecimento.

A estigmatização defendida pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina impede qualquer retorno do condenado ao convívio social. Sempre será ele assombrado por um passado criminoso. Jamais será capaz de superá-lo. Não haverá para o condenado, em quaisquer circunstâncias, futuro livre da pecha provocada pela prática delitiva.

Nesse sentido, o etiquetamento é também absolutamente incompatível com o artigo 5, item 6, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, segundo o qual *as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados*. É também estranho ao artigo 10, item 3, do Pacto

³ HC 126.315/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 15/9/2015.

Internacional dos Direitos Civis e Políticos, segundo o qual *o regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação normal dos prisioneiros.*

Não há sentido em se punir alguém de forma mais severa mediante a invocação de vetusta condenação anterior, muitas vezes por fato completamente distinto do segundo. À guisa de exemplificação, a ementa do HC 110.191, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, abaixo transcrita, mostra o disparate que o processo de labelização pode gerar:

Habeas corpus. 2. Homicídio qualificado-privilegiado. Condenação. 3. Aumento da pena em sede de recurso especial. Entendimento no sentido de que o período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP, refere-se à reincidência, mas, com relação ao registro de antecedentes, esses prolongam-se no tempo, devendo ser considerados como circunstâncias judiciais em desfavor do réu. 4. Registro de uma condenação anterior, por contravenção (dirigir sem habilitação), transitada em julgado em 28.6.1979. 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. 5. Ordem concedida para restabelecer a decisão proferida pelo TJ/RJ nos autos da Apelação n. 2006.050.02054, que manteve a pena-base fixada pelo Juiz-Presidente do Tribunal do Júri e, assim, reconheceu a prescrição da pretensão executória”. (HC 110.191/RJ, Rel. Min. GILMAR MENDES, sem grifo no original).

Assim, afirma-se a inconstitucionalidade do processo de etiquetamento, que constitui decorrência lógica da consideração temporalmente ilimitada dos maus antecedentes.

2.2. Da violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

Não é de boa razão ou justa medida admitir que a reincidência possa ser depurada no prazo de cinco anos, enquanto os maus antecedentes persistam de forma temporalmente ilimitada. Não é proporcional ou razoável que a depuração do mais – a reincidência – conviva com a persistência do menos – os maus antecedentes.

A doutrina também estabelece esse juízo de proporcionalidade ou razoabilidade. Na lição de Celso Delmanto:

Caso o prazo depurador de cinco anos (CP, art. 64, I) já tenha passado antes do cometimento do novo crime, não deve igualmente ser considerada nos antecedentes, pois não seria coerente que a condenação anterior, não gerando mais reincidência, passasse a ser considerada mau antecedente⁴.

A depuração da reincidência e dos maus antecedentes pelo decurso do prazo de cinco anos não equivale a confundir os institutos. Observe-se que a jurisprudência do STF admite que uma condenação transitada em julgado possa ser sopesada como maus

⁴ Celso Delmanto Roberto Delmanto Roberto Delmanto Junior Fabio M. de Almeida Delmanto. 9ª, edição revista, atualizada e ampliada 2016. Ed. Saraiva. p. 300. FALTA INDICAR O TÍTULO DO LIVRO.



Assessoria de Atuação no Supremo Tribunal Federal – AASTF
5º Ofício Defensoria Pública-Geral da União

anteriores e outra como reincidência. Além disso, o STF guarda decisões no sentido de que é possível caracterizar os maus antecedentes quando o trânsito em julgado da condenação por fato anterior ao novo fato ocorrer no curso da ação penal deste último, diferentemente do que se exige para a configuração da reincidência (RE 608.718-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 11/4/2011; RHC 122.181, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 30/9/2014).

No mesmo sentido, destaca-se a lição de Celso Delmanto:

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 antecedente⁵.

Nesse ponto, transcrevemos lição lapidar do Min. Marco Aurélio, no HC 115.304/MG, Primeira Turma, j. em 26/4/2016:

Se o decurso de cinco 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, tampouco resiste o menos. Não se diga que esvazia-se esse vetor, no que norteia a fixação da pena-base. Imagine-se o acusado que apresente múltiplas condenações criminais, transitadas em julgado, dentro desse intervalo de cinco anos: nada impede que o magistrado valora algumas para fins de reincidência e as demais como maus antecedentes.

⁵ Código Penal Comentado. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 254.

Assim, não há sobreposição dos institutos.

Portanto, não é proporcional ou razoável admitir-se que a depuração do mais – a reincidência – conviva com a persistência do menos – os maus antecedentes. Além disso, mesmo com a depuração da reincidência e dos maus antecedentes pelo decurso do prazo de cinco anos, os institutos permaneceriam distintos, sem qualquer sobreposição de incidência.

2.3. Da utilização da analogia para a limitação temporal dos maus antecedentes.

Há um silêncio legal sobre a definição de maus antecedentes.

Nesse sentido, a conceituação de maus antecedentes não pode se afastar das balizas legais, em respeito ao princípio da legalidade estrita.

O art. 64, I, do Código Penal, consagra o resgate da primariedade cinco anos após o cumprimento da pena. A reabilitação pode ser pleiteada após o lapso de dois anos, contados, de igual forma, do cumprimento da sanção (art. 94 do Código Penal).

Portanto, o ordenamento jurídico penal retrata a principiologia constitucional que aponta para a proibição de perpetuidade de penas ou de seus efeitos. Nele há de se buscar a limitação temporal de efeitos da condenação que se revelam na circunstância judicial dos antecedentes.

Portanto, por aplicação analógica do art. 64, I, do Código Penal, integra-se a omissão conceitual legal de maus antecedentes.

Nessa linha de raciocínio, a conceituação que extrapola a limitação temporal, admitindo a caracterização eterna de maus antecedentes, tal como pretendido pelo

recorrente, é fruto de voluntarismo, não observa a legalidade estrita. Sequer pode ser caracterizada como analogia *in malam partem*, porque não encontra parâmetro algum no ordenamento jurídico penal.

2.4. Da impossibilidade de invocação do direito à igualdade e de outros direitos e garantias fundamentais para se assentar a perpetuidade dos maus antecedentes. Da ausência de proteção deficiente.

Não se argumente, como o faz o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, que desconsiderar a incidência penal afrontaria o princípio da igualdade (fl. 537). É corriqueiro o argumento de que não poderia ser atribuído igual tratamento àquele que nunca teve qualquer condenação transitada em julgado e àquele que já tem outras condenações transitadas em julgado abarcadas pelo período depurador. Argumenta-se, inclusive, que estabelecer a distinção de tratamento violaria a garantia de individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição da República).

A Defensoria Pública da União rechaça essa postura de se invocar o direito à igualdade e o direito à individualização da pena como pretextos para uma maior punição e, portanto, restrição ao direito de liberdade de um indivíduo.

Há um desvirtuamento da própria natureza individual e fundamental dos direitos à igualdade e à individualização da pena, que estão a ser tratados como se fossem pertencentes à sociedade. Ao fim e ao cabo, o argumento ora contraposto quer significar que a sociedade, e não o indivíduo, teria um direito à igualdade de tratamento entre indivíduos e à individualização da pena.

Questiona-se: qual a violação a direitos individuais observa-se se houver a distinção de tratamento entre aquele que nunca teve qualquer condenação transitada em

julgado e aquele que já tem outras condenações transitadas em julgado abarcadas pelo período depurador? Qual indivíduo é prejudicado? Não há um direito individual daquele que não ostenta quaisquer incidências criminais a ver atribuído tratamento mais gravoso àquele que as ostenta, embora depuradas.

Em vez de se invocar a violação a direitos fundamentais individuais, seria mais correto debater suposta violação ao princípio da proibição da proteção insuficiente. Todavia, esse princípio deve ser compreendido com grande cautela na seara penal, em razão do princípio da legalidade e da garantia da proibição da analogia contra o réu. Em outros termos: a pretexto de se afastar uma proteção insuficiente, não pode haver a superação da legalidade estrita ou mesmo a utilização de analogia *in malam partem*.

No caso, como dito, havendo um silêncio legal sobre a definição de maus antecedentes, a legalidade estrita remete à aplicação analógica da depuração pertinente à reincidência, prevista no art. 64, I, do Código Penal. Suposta proteção deficiente não pode conduzir à admissão daquilo que não está na lei, ou seja, não pode permitir a admissão de antecedentes perpétuos.

2.5. Da conclusão.

A manifestação da Defensoria Pública da União é pelo desprovimento do recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina e para que se afirme a tese de que *não prevalece a condenação anterior, para fins de maus antecedentes, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.*



Assessoria de Atuação no Supremo Tribunal Federal – AASTF
5º Ofício Defensoria Pública-Geral da União

3. Dos pedidos.

Ante o exposto, **requer-se** o desprovemento do recurso extraordinário e a fixação da seguinte tese: *não prevalece a condenação anterior, para fins de maus antecedentes, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.*

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, 12 de março de 2018.

Gustavo Zortéa da Silva,
Defensor Público Federal de Categoria Especial.

Gustavo de Almeida Ribeiro,
Defensor Público Federal de Categoria Especial.