

## VOTO

### O Senhor Ministro Gilmar Mendes:

1. QUESTÃO: 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? Assim, o prazo depurador de 5 anos (art. 64, I, do CP) aplica-se aos maus antecedentes na primeira fase da dosimetria (art. 59, CP)?

2. PREMISAS: O controle recursal sobre a dosimetria da pena é essencial para a definição dos critérios legítimos a serem considerados para agravar a situação do condenado com a exasperação de sua sanção penal. Todas as etapas da dosimetria da pena estão submetidas aos limites constitucionalmente previstos.

Desse modo, levando em conta a proibição constitucional às penas perpétuas (art. 5º, XLVII, *b*, CF) e o devido respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), é indispensável a fixação de limites temporais também para a consideração de maus antecedentes na primeira fase da dosimetria da pena.

3. FINALIDADES DA PENA: A inexistência de limites temporais à consideração de maus antecedentes viola a finalidade de prevenção especial positiva da sanção penal, qual seja, ressocializar o apenado (art. 5.6 da CADH). Além disso, desvirtua-se a função de limitação ao poder punitivo estatal, essencial ao Direito Penal de um Estado Democrático de Direito.

4. PRAZO DEPURADOR: Em atenção à doutrina e à jurisprudência consolidada neste Tribunal, inexistente prazo distinto fixado pelo legislador, deve-se adotar aos “maus antecedentes” o limite temporal fixado no art. 64, I, do CP. Nesse sentido, há precedentes de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal (HC 110.191/RJ, de minha relatoria; HC 125.586/SP, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 133.077/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia; HC 138.802/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; HC-MC 157.548/RJ, Rel. Min. Celso de Mello; HC 128.153/SP, Rel. Min. Teori Zavascki; HC 115.304, Rel. Min. Marco Aurélio).

5. DISTINÇÕES: Não se pode sustentar a tese de que ocorreria um esvaziamento quanto à distinção entre “antecedentes” e “reincidência” por dois motivos: ( *a* ) esse não é o problema central aqui analisado, ao passo que a conformidade constitucional sobrepõe-se à pretensão de manutenção de dois institutos

infraconstitucionalmente previstos; ( b ) ainda que se fixe idêntico limite temporal aos maus antecedentes, haverá situações em que será possível a sua consideração na dosimetria.

6. CONCLUSÃO E TESE: Respeitosamente, divirjo do eminente relator. Nego provimento ao recurso extraordinário, a fim de manter o acórdão recorrido, que afastou o aumento relativo aos maus antecedentes na aplicação da pena-base, por tratar-se de condenação cuja pena havia sido extinta há mais de cinco anos.

Assim, proponho a seguinte tese: “ Nos termos do art. 64, I, do Código Penal, aplica-se o prazo depurador de 5 anos como limite temporal à consideração de maus antecedentes, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e à vedação de penas perpétuas (art. 5º, XLVII, b, CF)”.

## 1. Objeto e questão constitucional

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo MPSC, com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição da República, contra acórdão da Primeira Câmara Criminal do TJSC que não considerou como maus antecedentes condenações cujas penas foram extintas há mais de 5 (cinco) anos. Assim, questionam-se os seguintes dispositivos do Código Penal:

“Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (...)”

“Art. 64 - Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, 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; (...)”

No acórdão impugnado, o TJSC assevera:

“Não registra maus antecedentes (fls. 83 e 86), visto que há apenas uma condenação transitada em julgado, que será considerada para fins de reincidência, sob pena de *bis in idem* .

Importa salientar que não há outras sentenças condenatórias transitadas em julgado em desfavor do apelante nos 5 (cinco) anos anteriores ao delito em questão. Verifico condenação cuja pena foi

extinta no dia 17.8.1999 (autos n. 014.97.001529-5), **porém os efeitos da pena não podem ser eternos. Na verdade, findam no prazo de 5 (cinco) anos, consoante o art. 64, I, do Código Penal. Desta forma, em virtude do princípio da presunção da inocência (art. 5º, LVII, da CF), não registra antecedentes”**.

Conforme o eminente Relator, a reincidência e os antecedentes são institutos diferentes e possuem finalidades diversas no ordenamento brasileiro. Então, considerando que o Supremo Tribunal Federal define como maus antecedentes as condenações penais transitadas em julgado que não configurem reincidência, dá-se provimento ao RE e conclui-se que o prazo quinquenal depurador não se aplica aos maus antecedentes, de modo que não haveria limitação temporal para a sua consideração.

Assim, sustenta-se que “ *não se pode retirar do julgador a possibilidade de aferir, no caso concreto, informações sobre a vida pregressa do agente para fins de fixação da pena-base em observância aos princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena* ”.

A importância da temática sobressai quando, na doutrina, afirma-se que “ *é dito frequentemente que a teoria da aplicação da pena é um ramo cientificamente subdesenvolvido no âmbito das ciências penais, e que não raro elementos irracionais, preconceitos arraigados, são os verdadeiros fatores que conduzem o juiz na tarefa de determinação da pena concreta* ”. (TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena** . Marcial Pons, 2015. p. 21)

Fundamental, portanto, a análise da questão em debate neste Recurso Extraordinário.

## **2. Premissas para análise da questão**

Embora tenha reconhecido a constitucionalidade da reincidência ( **RE 453.000** , Rel. Min. Marco Aurélio, j. 4.4.2013), o Supremo Tribunal Federal assentou importantes precedentes para resguardar direitos fundamentais em matéria de dosimetria da sanção penal. Por exemplo, em respeito à presunção de inocência, assentou que inquéritos policiais e processos em andamento (antes do trânsito em julgado) não podem ser valorados negativamente ( **HC 97.665/RS** , Rel. Min. Celso de Mello, 4.5.2010).

Também existem diversos julgados que consolidam a proteção à vedação do *bis in idem*, ou seja, o imputado não pode ter sua situação agravada mais de uma vez pelo mesmo motivo. Por exemplo, não é possível considerar uma mesma situação fática em mais de uma das fases da dosimetria, tampouco ampliar a sanção em razão de motivos que já são elementares do tipo penal em questão.

Assim, o controle recursal sobre a dosimetria da pena é essencial para a definição dos critérios legítimos a serem considerados para agravar a situação do condenado com a exasperação de sua sanção penal. Trata-se de função primordial dos Tribunais Superiores, no sentido de limitar os espaços interpretativos para o juízo em âmbito criminal.

Diante disso, neste Recurso Extraordinário, discute-se a necessidade de fixação de limites temporais para a consideração de maus antecedentes. A **dosimetria da pena** no sistema brasileiro adota sistema trifásico.

Na primeira etapa, observam-se as circunstâncias judiciais (art. 59, CP), entre as quais está elencado o critério dos “antecedentes” do imputado. Posteriormente, na segunda fase, elencam-se agravantes (arts. 61-64) e atenuantes (arts. 65 e 66). Aqui, há a possibilidade de agravamento da pena pela “reincidência”, pois, nos termos do art. 63 do CP: “*Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior*”.

E é aqui que se coloca o **problema** em análise neste Recurso Extraordinário: enquanto a configuração de “reincidência” possui limitação temporal expressamente mencionada no art. 64, I, do CP (5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior), nenhuma restrição é apontada à consideração de “antecedentes” na primeira fase da dosimetria.

**Todas as etapas da dosimetria da pena, por óbvio, estão submetidas aos limites constitucionalmente previstos** . Desse modo, levando em conta a proibição constitucional às penas perpétuas (art. 5º, XLVII, *b*, CF) e o devido respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), não é possível admitir que “*o autor de um delito perca a sua condição de pessoa, passando a ser um indivíduo ‘marcado’, ‘assinalado’, estigmatizado pela vida afora, reduzido à condição de marginalizado perpétuo*”.

(ZAFFARONI, Eugenio; PIERANGELI, José H. **Manual de Direito Penal Brasileiro** . RT, 2015. p. 700)

Além disso, “ *carece de sentido que o decurso do tempo faça desaparecer a reincidência e não tenha a mesma força para fazer desaparecer os efeitos de causa legal de menor expressão jurídica, no caso, os antecedentes* ”. (BOSCHI, José A. P. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2ª ed. Livraria do Advogado, 2002. p. 201)

Portanto, conclui-se ser indispensável a fixação de limites temporais também para a consideração de maus antecedentes na primeira fase da dosimetria da pena.

### **3. Limitação temporal aos antecedentes e finalidades da pena**

Ademais, a lógica dos maus antecedentes deve ser compreendida em cotejo com o princípio da humanidade das penas e com as finalidades da sanção criminal. Ora, se, por um lado, há o interesse público na persecução penal, exigindo-se que os efeitos dos maus antecedentes de fato recaiam sobre determinada pessoa; por outro, há que se resguardar o valor intrínseco de cada ser humano e as suas aspirações ao longo da vida, sob pena de estarmos construindo um sistema penal monstruoso, que subjuga o indivíduo indefinida e ilimitadamente.

Na doutrina, afirma-se que o princípio da humanidade das penas “ *concretiza os níveis de afetação pessoal que não devem ser superados em nenhum caso por meio da sanção penal*”. Por seu turno, mediante o princípio teleológico, “*determinam-se os efeitos sociopessoais que se consideram eticamente aceitáveis lograr com a sanção penal*”. (DÍEZ RIPOLLÉS, José L. **La racionalidad de las leyes penales** , p. 158-159, tradução livre)

Assim, é preciso que nos perguntemos: quais são os objetivos e o que estamos dispostos a sacrificar em prol da aplicação perene dos maus antecedentes? Entre várias respostas, destaco uma: ao possibilitarmos que se atribuam efeitos perenes aos maus antecedentes, estamos abrindo mão da ressocialização.

É óbvio que dar caráter definitivo aos maus antecedentes e seus efeitos não contribui em nada para a ruptura com a lógica punitivista perversa que temos perpetrado, não apenas pelas fragilidades sistêmicas da nossa

legislação penal e processual penal, mas acima de tudo pela ostensiva ineficiência de políticas públicas educacionais e de redução de desigualdades. Todos nós sabemos que, sem um sistema efetivo de ressocialização, a sociedade entra em um círculo vicioso em que o crime é um caminho sem volta.

Assim, a **inexistência de limites temporais à consideração de maus antecedentes desvirtua a finalidade de prevenção especial positiva da sanção penal, qual seja, ressocializar o apenado**. Viola-se, portanto, o art. 5.6 da Convenção Americana de Direitos Humanos, o qual assenta: “ *As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados* ”.

Por outro lado, além da ideal finalidade ressocializadora da sanção criminal, considerando-se a faticidade do sistema penal, a doutrina consolida o Direito Penal, em essência, como um **instrumento de limitação do poder punitivo estatal**. (CARVALHO, Salo. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2<sup>a</sup> ed. Saraiva, 2015. p. 147-153)

A partir de percepções aportadas por conhecimentos da criminologia crítica (como as ideias de seletividade, etiquetamento e criminalização secundária), percebe-se uma tendência à consolidação de um ciclo vicioso no sistema penal, em que o encarceramento acaba por ampliar as indesejadas violência e criminalidade da sociedade.

Como há muito apontado pela doutrina, “ *a seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais* ”. (ZAFFARONI, Eugenio R. **Em busca das penas perdidas**. Revan, 2014. p. 15)

A dogmática penal e a interpretação das leis penais devem ser realizadas e construídas pelos pesquisadores e aplicadores do Direito tendo em vista a necessidade de redução de danos, com a limitação do poder punitivo estatal. Portanto, a **inexistência de limites temporais à consideração de maus antecedentes desvirtua a função de limitação ao poder punitivo estatal**, essencial ao Direito Penal de um Estado Democrático de Direito.

#### 4. Critério para a limitação temporal dos maus antecedentes

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.

Na doutrina, sustenta-se que “ *sendo imperativo delimitar temporalmente os efeitos dos antecedentes em decorrência do comando constitucional e havendo na legislação penal nacional previsão expressa em relação a instituto da mesma natureza, entende-se possível estender aos antecedentes o prazo previsto no art. 64, I, do Código Penal* ”. (CARVALHO, Salo. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2ª ed. Saraiva, 2015. p. 361)

Ademais, afirma-se que “ *por similitude lógica, o decurso do período de cinco anos, considerado como dies a quo a data de cumprimento ou da extinção da pena, que, segundo o artigo 64 do CP, faz desaparecer os efeitos da reincidência, deve propiciar a recuperação da primariedade e dos bons antecedentes*”. (BOSCHI, José A. P. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2ª ed. Livraria do Advogado, 2002. p. 200-201)

**No Supremo Tribunal Federal, há farta jurisprudência adotando tal orientação.** Conforme assentado pelo eminente Ministro Celso de Mello, “ *decorrido o período de 05 (cinco) anos referido pelo art. 64, I, do Código Penal, não há como reconhecer nem como admitir que continuem a subsistir, residualmente, contra o réu, os efeitos negativos resultantes de condenações anteriores. Em face disso, mostrar-se-á ilegal qualquer valoração desfavorável, em relação ao acusado, que repercuta, de modo gravoso, na operação de dosimetria penal, tal como sucedeu no caso ora em exame* ”. ( **HC-MC 164.028**, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22.11.2018)

Diversos são os precedentes que adotam tal orientação na **Segunda Turma deste Tribunal** : HC 110.191/RJ, de minha relatoria; HC 125.586/SP,

Rel. Min. Dias Toffoli; HC 133.077/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia; HC 138.802/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; HC-MC 157.548/RJ, Rel. Min. Celso de Mello; HC 128.153/SP, Rel. Min. Teori Zavascki.

Transcrevo a ementa de **juízo da Segunda Turma**, de relatoria da **Ministra Cármen Lúcia** :

“ *HABEAS CORPUS* . CONSTITUCIONAL. PENAL. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JUÍZO HÁ MAIS DE CINCO ANOS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. 1. Condenação transitada em juízo há mais de cinco anos utilizada nas instâncias antecedentes para consideração da circunstância judicial dos antecedentes como desfavorável e majoração da pena-base. Impossibilidade. Precedentes. 2. Ordem concedida. (HC 133.077, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. 29.3.2016)

Há, inclusive, juízos da **Primeira Turma** , em que se decidiu, **de forma unânime** :

“Recurso ordinário em *habeas corpus* . Processual Penal. Interposição contra juízo em que colegiado do Superior Tribunal de Justiça não conheceu da impetração, ao fundamento de ser substitutivo de recurso ordinário cabível. Constrangimento ilegal não evidenciado. Entendimento que encampa a jurisprudência da Primeira Turma da Corte. Precedente. Dosimetria. Fixação da pena-base acima do mínimo legal em decorrência de maus antecedentes. Condenações transitadas em juízo há mais de cinco anos. (...) 2. **Quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a cinco anos, conforme previsto no art. 64, I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes. Precedentes.** 3. No caso as condenações anteriores consideradas pelas instâncias ordinárias para fins de valoração negativa dos antecedentes criminais do ora paciente ainda não se encontram extintas. 4. Recurso não provido”. (RHC 118.977, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. 18.3.2014)

“RECURSO ESPECIAL – REDISCUSSÃO FÁTICA – INADMISSIBILIDADE. Descabe ao Superior Tribunal de Justiça, na via afunilada do especial, revolver matéria fática. ANTECEDENTES – CONFIGURAÇÃO. **Decorridos mais de cinco anos desde o cumprimento da pena, o afastamento da reincidência inviabiliza o**

**reconhecimento dos maus antecedentes**". (HC 115.304, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. 26.4.2016)

Portanto, em atenção à doutrina e à jurisprudência consolidada neste Tribunal, inexistente prazo distinto fixado pelo legislador, **deve-se adotar também aos "maus antecedentes" o limite temporal previsto no art. 64, I, do CP**.

### **5. Distinções entre antecedentes e reincidência**

Assentada a necessidade de definição de limites temporais para a consideração de maus antecedentes e reincidência, não se pode sustentar a tese de que ocorreria um esvaziamento entre a distinção dos institutos por dois motivos: ( *a* ) esse não é o problema central aqui analisado, ao passo que a conformidade constitucional sobrepõe-se à pretensão de manutenção de dois institutos infraconstitucionalmente previstos; ( *b* ) ainda que se fixe idêntico limite temporal aos maus antecedentes, haverá situações em que será possível a sua consideração na dosimetria.

Primeiramente ( *a* ), o núcleo da questão não está na distinção entre maus antecedentes e reincidência, pois isso resulta não só dos dispositivos do Código Penal como também da jurisprudência em torno do tema. **A questão central reside na conformidade constitucional da possibilidade de atribuírem-se a uma sentença penal condenatória efeitos perenes**, mesmo decorrido largo tempo desde a extinção da pena. Ou seja, não se deve dar primazia a uma suposta necessidade de diferenciação dos institutos "antecedentes" e "reincidência" em detrimento do respeito aos limites impostos pela Constituição Federal.

Ademais ( *b* ), **não procede a preocupação de que estaremos esvaziando os maus antecedentes ao aplicar a limitação temporal de 5 anos, similar àquela da reincidência**. Por exemplo, ainda será possível reconhecer como mau antecedente a segunda condenação anterior transitada em julgado, tendo em vista que a primeira será utilizada como parâmetro para a reincidência. Também ainda será considerada como mau antecedente a condenação transitada em julgado por fato posterior ao que está em julgamento. Esquemáticamente:

FATO 1 + CONDENAÇÃO TRANSITADA 1 + FATO 2 +  
CONDENAÇÃO 2 = REINCIDÊNCIA

FATO 1 + FATO 2 + CONDENAÇÃO TRANSITADA 2 +  
CONDENAÇÃO 1 = MAUS ANTECEDENTES

FATO 1 + CONDENAÇÃO TRANSITADA 1 + FATO 2 +  
CONDENAÇÃO TRANSITADA 2 + FATO 3 + CONDENAÇÃO 3 =  
REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES

Portanto, estaremos aplicando a jurisprudência historicamente construída nesta Corte e, ao mesmo tempo, resguardando que a dosimetria da pena seja proporcional aos fatos praticados, respeitando-se os limites constitucionais definidos.

## 6. Conclusão e tese

Por todo o exposto, divirjo do eminente relator. **Nego provimento ao Recurso Extraordinário**, a fim de manter o acórdão recorrido, que **afastou o aumento relativo aos maus antecedentes na aplicação da pena-base**, por tratar-se de condenação cuja pena havia sido extinta há mais de cinco anos.

Assim, proponho a seguinte **tese**: “*Nos termos do art. 64, I, do Código Penal, aplica-se o prazo depurador de 5 anos como limite temporal à consideração de maus antecedentes, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e à vedação de penas perpétuas (art. 5º, XLVII, b, CF)*”.