

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

FERNANDO VAZ DA SILVA

**ANTECEDENTES CRIMINAIS:
ANÁLISE DA SUA TEMPORARIEDADE PARA AUMENTO DA PENA-BASE**

**CURITIBA
2018**

FERNANDO VAZ DA SILVA

**ANTECEDENTES CRIMINAIS:
ANÁLISE DA SUA TEMPORARIEDADE PARA AUMENTO DA PENA-BASE**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Daniel Tempski Ferreira da Costa

**CURITIBA
2018**

TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDO VAZ DA SILVA

ANTECEDENTES CRIMINAIS: ANÁLISE DA SUA TEMPORARIEDADE PARA AUMENTO DA PENA-BASE

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2018.

SUMÁRIO

| | |
|----------------------------------------------------------|-----------|
| RESUMO..... | 5 |
| 1 INTRODUÇÃO | 6 |
| 2 SENTENÇA CRIMINAL | 7 |
| 2.1 Conceito e generalidades | 7 |
| 2.2 Requisitos e estrutura | 8 |
| 3 APLICAÇÃO DA PENA | 11 |
| 3.1 Fases de aplicação – critério trifásico | 11 |
| 3.2 Pena-base, provisória e definitiva..... | 15 |
| 4 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS | 20 |
| 4.1 Conceito..... | 20 |
| 5 ANTECEDENTES CRIMINAIS | 22 |
| 5.1 Origem e evolução..... | 22 |
| 5.2 Conceito..... | 24 |
| 5.3 Hipóteses de caracterização..... | 25 |
| 6 ANTECEDENTES CRIMINAIS E REINCIDÊNCIA | 28 |
| 6.1. Temporariedade da reincidência..... | 30 |
| 7 A PERPETUIDADE DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS | 32 |
| 7.1 Divergências doutrinárias e jurisprudenciais..... | 32 |
| CONCLUSÃO | 48 |
| REFERÊNCIAS..... | 50 |

RESUMO

O presente trabalho monográfico pretende discorrer sobre as circunstâncias judiciais e, em especial e de forma mais detalhada, sobre os antecedentes criminais para fins de exasperação da pena-base.

Nesse contexto, tem a intenção de apurar a tendência do Supremo Tribunal Federal em alterar o atual entendimento sobre a perpetuidade dos maus antecedentes, passando a aplicar o mesmo critério temporal previsto para a reincidência criminal, previsto no artigo 64, inciso I do Código Penal. Para essa análise foi realizada pesquisa bibliográfica e jurisprudencial sobre o tema, o qual será explorado neste trabalho.

Palavras-chave: Sentença criminal; aplicação da pena, circunstância judicial; antecedentes criminais; pena-base; temporariedade; perpetuidade.

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento penal brasileiro adota o método trifásico na dosimetria da pena. Na primeira fase ocorre a fixação da pena-base da qual decorrerá o aumento ou diminuição da pena nas demais fases. Na segunda fase é fixada a pena provisória, sendo considerando agravantes ou atenuantes previstas em lei. Por fim, na terceira fase, fixa-se a pena definitiva, podendo ocorrer aumento ou diminuição especiais, igualmente previstas em lei.

O legislador ao considerar determinada conduta humana como fato gerador de um delito estabelece os limites legais para aplicação da pena, competindo ao juiz a sua gradação conforme as circunstâncias judiciais de culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias em que o crime ocorreu, as suas consequências e se o comportamento da vítima influi para a prática do delito, nos termos do artigo 59 do Código Penal.

Especificamente sobre os antecedentes criminais, a doutrina e jurisprudência consideram os anteriores envolvimento judiciais do acusado para agravar a pena em razão desta circunstância, excluindo, entretanto, as sentenças sem trânsito em julgado e que configurem a reincidência, sob o argumento do não *bis in idem*.

Assim, somente são taxadas como maus antecedentes as condenações criminais transitadas em julgado não configuradoras de reincidência, sendo estas aplicadas para agravar a pena na segunda fase da dosimetria.

Quanto aos antecedentes criminais não há limitação legal e temporal para utilização desta moduladora para fins de aumento da pena do agente, ocasionando a esta um caráter perpétuo. De outro lado, a reincidência criminal goza de limitação temporal expressamente prevista em lei. Assim, decorrido o prazo legal, a condenação criminal que antes configurava reincidência não poderá ser considerada como agravante para fins de elevação da nova pena a ser aplicada.

Nesse vácuo legislativo, no qual há tratamento ambíguo para situações aparentemente análogas, é que emergem divergências na doutrina e jurisprudência nacional.

2 SENTENÇA CRIMINAL

2.1 Conceito e generalidades

A análise do ordenamento jurídico, especialmente na seara processual, traduz a noção os atos jurisdicionais com naturezas distintas: (i) ordinatória, que são aqueles atos do juiz que determinam o andamento normal, célere e razoável do processo penal, como por exemplo, despachos de mero expediente; (ii) decisória, que resolvem controvérsias ou questões incidentais ao processo, bem como resolve o próprio mérito da causa, como por exemplo decisões interlocutórias e sentença; e por fim (iii) executória, consubstanciada em ordens e determinações judiciais.

Nesse contexto, as sentenças criminais são classificadas como de natureza decisória, pois resolvem o mérito apresentado através da peça inaugural pelo representante do *Parquet* ou pelo ofendido (neste caso, representado por advogado habilitado).

Assim, a sentença criminal, em linhas gerais, se consubstancia na posição final do juízo a respeito de eventual conduta humana tipificada como crime ou contravenção penal, proclamando sua posição sobre o litígio.

Nas palavras de Magalhães Noronha sentença é “a declaração judicial do direito no caso concreto”.¹ Já Frederico Marques diz que “sentença é o ato de composição do litígio ou causa penal, em que o preceito normativo, imposto pela ordem jurídica, se transforma em preceito concreto e específico”.²

Além deles, Ada Pellegrini Grinover ensina que “a sentença pode ser vista de forma isolada como ato essencial do processo, que deve, necessariamente, obedecer a determinados requisitos ou como ato último e culminante do arco procedimental, que pode ser atingido por vícios intrínsecos da sentença”.³

Ainda, nas lições de Ricardo Schmitt:

¹ MAGALHÃES NORONHA *apud* SILVA, Jorge Vicente. Manual da sentença penal condenatória. 1. Ed. (ano 2003), 4. tir. Curitiba. Juruá, 2006. p. 38.

² FREDERICO MARQUES *apud* SILVA, Jorge Vicente. Op. cit. p.38.

³ ADA PELEGRENI GRINOVER *apud* SILVA, Jorge Vicente. Op. cit. p.38.

Sentença é a declaração judicial do direito no caso concreto. Na seara penal, nada mais é do que a decisão do juiz que condena ou absolve o réu. Tecnicamente a sentença se revela como sendo o ato processual que põe termo à acusação, aplicando o direito ao caso individualizado. [...] Efetivamente, revela-se como sendo o pronunciamento estatal, a partir de um caso concreto, momento em que o julgador dirime o conflito de interesses existente entre as partes, distribuindo o direito e solucionando a controvérsia apresentada em juízo.⁴

Desses posicionamentos, extrai-se a sentença como a conclusão de um litígio, na qual há a confirmação ou não da consunção da norma ao caso concreto.

2.2 Requisitos e estrutura

Nas palavras de Ricardo Schmitt “para ter validade e produzir efeitos no mundo jurídico, a sentença deverá conter alguns requisitos cuja omissão pode implicar em nulidade do julgado”.⁵

Pela sua importância dentro do processo penal, à sentença criminal é reservado espaço exclusivo no Código de Processo Penal (com início no artigo 381) para definição de seu conteúdo, requisitos e forma, além de especificar outras consequências e procedimentos a serem adotados após a sua lavratura.

A teor do contido no artigo 381 do Código de Processo Penal são estabelecidos os requisitos formais a que se deve sujeitar a sentença criminal, devendo conter:

- I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las;
- II - a exposição sucinta da acusação e da defesa;
- III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;
- IV - a indicação dos artigos de lei aplicados;
- V - o dispositivo;
- VI - a data e a assinatura do juiz.

⁴ SCHMITT, Ricardo Augusto; *Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática*; 8. ed., 2. tir. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2014. p. 17.

⁵ SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit. p. 18.

O primeiro requisito visa a identificação do indivíduo que está sob julgamento, sobre o qual a sentença criminal fará coisa julgada, seja para o fim de condená-lo ou absolve-lo.

O segundo deve ser atendido no relatório da sentença, no qual será feita uma síntese do processo e de seus incidentes, indicando de forma objetiva e clara as alegações do Ministério Público e da defesa. Não há obrigatoriedade de transcrição dos argumentos apresentados, bastando a exposição resumida dos elementos apresentados pelas partes.

No âmbito dos Juizados Especiais, por força da Lei nº 9.099/95, o relatório do processo e de eventuais incidentes é dispensado da sentença, conforme artigo 81, § 3º, excetuando assim a regra geral de atendimento do requisito formal indicado⁶.

No tocante ao terceiro requisito, o magistrado deve apresentar os motivos de fato e de direito que fundamentam sua decisão, devendo demonstrar de forma clara e técnica os elementos que justificam a adoção de determinado entendimento, sedimentado no livre convencimento fundamentado do juiz.

Por certo este é o principal elemento da sentença criminal, pois nele se identifica as razões de decidir e as tendências doutrinárias e jurisprudenciais do magistrado, o qual aplicará seus conhecimentos na análise do fato concreto a partir do ordenamento jurídico vigente. Assim, não se admite uma sentença judicial, independentemente de sua natureza, silente quanto aos fundamentos e razões de decidir, sob pena de nulidade.

Ainda na temática da fundamentação, o texto legal prevê expressamente a necessidade de indicação dos artigos de lei aplicados. Inicialmente se destaca que tal requisito está umbilicalmente ligado ao requisito anterior, qual seja, motivos de fato e de direito que fundamentam a decisão, pois se mostra desarrazoada uma sentença que não indique em qual artigo de lei o magistrado se socorreu para, no caso criminal, reconhecer a prática de um delito.

Essa ideia prestigia o princípio da anterioridade da lei penal insculpido no artigo 5º, inciso XXXVII da Constituição Federal, pelo qual nenhuma conduta humana será considerada crime sem lei anterior que assim a defina, bem como não será aplicada pena sem prévia cominação legal.

⁶ Art. 81, § 3º. A sentença, dispensado o relatório, mencionará os elementos de convicção do Juiz.

Assim, a inexistência prévia de lei penal que tipifique determinada conduta humana como crime ou contravenção penal afasta a necessidade de persecução criminal e, conseqüentemente, a existência de sentença criminal. Portanto, resta necessária a indicação na fundamentação da sentença o artigo de lei que justificou a deflagração de processo criminal e, posteriormente, a emanção de juízo de valor pelo magistrado.

No penúltimo requisito formal indicado no texto processual, temos o dispositivo, no qual o juiz conclui seu raciocínio de forma clara e lógica decorrente da fundamentação anteriormente exposta, acolhendo ou rejeitando pedidos formulados pelas partes.

Por fim, como requisito de validade, a sentença deve ser datada e assinada pelo magistrado que a proferiu, identificando-se o órgão julgador daquela causa. Atualmente, em virtude da sedimentação do processo eletrônico, este requisito é atendido eletronicamente, através de mecanismos automatizados que incluem a data e assinatura do juiz na sentença.

3 APLICAÇÃO DA PENA

3.1 Fases de aplicação – critério trifásico

Nas palavras de Nucci a “individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus”.⁷

A individualização da pena é alçada a direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal, cujas garantias e limites deverão ser previstos na legislação ordinária, conforme enunciado constitucional.

Individualizar a pena, conforme leciona o Professor Paulo César Busato, significa que “para cada crime praticado, cada agente tem o direito de que o juiz proceda ao que se chama individualização da pena”. E continua referido doutrinador:

É corolário do princípio de culpabilidade o direito do indivíduo a que o Estado se pronuncie a respeito da pena a que ele faz jus. Sabidamente, o princípio de culpabilidade representa a dimensão de democracia do Estado social e democrático de Direito, assim, em qualquer Estado digno de ser chamado de democrático, a pena que corresponde ao autor de um delito deve ser individualizada, ou seja, deve ser fixada segundo características objetivas e subjetivas que permitam oferecer uma resposta pessoal como consequência da prática delitiva. Isso porque um Estado democrático é o que respeita as individualidades das pessoas e o que lhes reconhece os direitos fundamentais a partir da individualidade como ser humano.

Essa condição fundamental, relacionada ao princípio de culpabilidade, é o que exige que, para além dos elementos objetivos, relacionados ao fato, sejam também levados em conta, para a fixação da pena, elementos relacionados ao sujeito. Afinal, se a individualidade deve ser respeitada como fonte da expressão democrática do princípio de culpabilidade, é obrigatório que as características pessoais – personalidade, conduta social, antecedentes – sejam consideradas a efeito de estabelecimento da reprimenda penal a que o indivíduo faz jus.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 31.

Desse modo, não parece bem direcionada a recente e usual crítica ao emprego de características pessoais para fixação da pena, eis que esta é uma obrigação derivada do princípio de culpabilidade e verdadeiro direito fundamental do acusado. [...]

Portanto, carece de sentido a crítica que por vezes se faz aos aspectos pessoais do agente levados em conta para a fixação da pena. Isso porque um direito penal de autor efetivamente prejudicial ao réu é aquele que incrimina as pessoas não pelo que fizeram, mas sim pelo que são. Trata-se, portanto, de uma discussão a respeito da imputação e não da fixação da pena. Evidentemente, ninguém pode ter responsabilidade penal atribuída em função de uma característica pessoal. Outrossim, uma vez estabelecida objetivamente a existência da imputação, da responsabilidade penal pela prática de um fato, dentro da reprimenda que a ele corresponde objetivamente – também equivalente ao fato –, o estabelecimento da pena específica dentro dos limites previstos deve ser individualizada, levando em conta não apenas aspectos objetivos relacionados com o fato, mas também aspectos relacionados ao sujeito.⁸

Assim, para a aplicação da pena, ao julgador é necessária a análise pormenorizada das circunstâncias do crime e o grau de reprovabilidade da conduta e a culpabilidade do agente, devendo individualizar a pena para cada um dos réus. Portanto, a partir do princípio da individualização da pena, a pena aplicada pela prática de um crime advém das circunstâncias do crime e, também, das características pessoais dos acusados.

Sobre a individualização da pena, Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino ensinam que:

Estabelece a Constituição Federal que a lei regulará a individualização da pena, e adotará, entre outras, as seguintes: privação de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa, suspensão ou interdição de direitos ou, excepcionalmente, de morte, no caso de guerra declarada (CF, art. 5.º, XLVI).

A enumeração das penas constitucionalmente admitidas não é exaustiva. Dessarte, a lei poderá adotar outras modalidades de pena, desde que não incida nas proibições expressas do art. 5.º, XLVII, da Constituição Federal, que não permite a instituição de penas: de morte, salvo em caso de guerra

⁸ BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral: volume 1. – 4. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. p. 833.

declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento ou cruéis.

A parte inicial do inciso XL VI determina que a lei regulará a individualização da pena. Significa dizer que o legislador ordinário deverá, ao regular a imposição da pena, levar em conta as características pessoais do infrator, tais como o fato de ser o réu primário, de ter bons antecedentes etc.⁹

Nas palavras de Flavio Martins Alves Nunes Júnior, “segundo esse princípio [da individualização da pena], o magistrado deverá analisar o caso concreto para fazer a dosimetria da pena, bem como fixar o regime inicial do seu cumprimento”.¹⁰

Segundo o Supremo Tribunal Federal:

A dosimetria da pena exige do julgador uma cuidadosa ponderação dos efeitos ético-sociais da sanção e das garantias constitucionais, especialmente a garantia da individualização do castigo. Em matéria penal, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais tem na fixação da pena um dos seus momentos culminantes”.¹¹

Nesse contexto, a doutrina estabelece três etapas distintas para a individualização da pena: legislativa, judicial e administrativa. Por todos, Gilberto Ferreira leciona que:

*“a fixação da pena compreende três fases: na primeira, analisam-se as circunstâncias judiciais, previstas no caput, com estabelecimento da pena-base. Na segunda, são consideradas as circunstâncias legais, ou seja, as atenuantes e as agravantes. Na terceira, são apreciadas as causas especiais de aumento ou de diminuição previstas na parte geral e especial”.*¹²

⁹ PAULO, Vicente de; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional descomplicado. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 169.

¹⁰ MARTINS, Flavio. Curso de Direito Constitucional. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 987.

¹¹ RHC 95778, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 15/09/2009, DJe-195 DIVULG 15-10-2009 PUBLIC 16-10-2009 EMENT VOL-02378-02 PP-00403 LEXSTF v. 31, n. 370, 2009, p. 417-421.

¹² FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 59.

Na primeira etapa, compete ao legislador ordinário, ao tipificar determinada conduta como crime ou contravenção penal, cominar no preceito secundário do tipo penal a pena *in abstracto* que deverá ser aplicada ao caso concreto.

Na segunda etapa, ocorre a individualização judicial da pena, momento em que o magistrado, após o devido processo legal, respeitados o contraditório e a ampla defesa, verificando a subsunção da conduta ao tipo penal previsto no ordenamento, aplica a pena mais adequada das cominadas (necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito), atentando-se às peculiaridades do caso concreto.

Por fim, na última etapa, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, deverá ocorrer o cumprimento efetivo da pena aplicada, mediante processo de execução instaurado para este fim específico. Ressalve-se o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal sedimentado no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246, no qual se estabeleceu a possibilidade da a execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, mesmo que estejam pendentes recursos aos tribunais superiores, ou seja, independentemente de trânsito em julgado do édito condenatório¹³.

No presente estudo é relevante a análise da etapa judicial, limitando-se a analisar o método a ser utilizado pelo julgador no momento da aplicação da pena, especialmente no que concerne à análise dos efeitos dos maus antecedentes para fixação da pena-base. No Brasil, o artigo 68 do Código Penal¹⁴ estabelece expressamente o critério trifásico para individualização e cálculo da pena da pena.

O critério trifásico restou sedimentado no nosso ordenamento jurídico após o advento da Lei nº 7.209/1984 que deu nova redação ao Decreto-Lei nº 2.848/1940

¹³ CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, **fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal**. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. (ARE 964246 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-251 DIVULG 24-11-2016 PUBLIC 25-11-2016) – o grifo é nosso.

¹⁴ Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

(Código Penal), sendo indispensável a observância das etapas de fixação da pena e fundamentação concreta em cada uma delas, sendo vedada a sua inversão.

Sobre a fixação da pena, Guilherme de Souza Nucci leciona:

Trata-se de um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo, abstratamente fixados para a pena), deve eleger o quantum ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada).¹⁵

Assim, inicialmente, respeitados os preceitos do artigo 59 do Código Penal, fixa-se a pena-base dentro dos parâmetros estabelecidos pelo legislador, não podendo esta ficar aquém ou além aos limites estabelecidos¹⁶. Na sequência, são analisadas as circunstâncias atenuantes e agravantes legalmente previstas, aplicando-se um aumento ou diminuição na pena-base, para verificação da pena provisória. Novamente, nesta fase também não é possível que a pena provisória ultrapasse os limites mínimos e máximos estabelecidos no preceito secundário do tipo penal.

Ao final, ao cálculo da pena são atribuídas eventuais causas especiais de diminuição e aumento previstas no tipo penal, sendo que nesta fase torna-se possível a redução ou exasperação da pena para fora dos limites iniciais estabelecidos na lei.

Assim, em síntese, fica estabelecido o esforço cognitivo do magistrado ao utilizar referido critério trifásico para demonstrar a operação realizada na dosimetria da pena.

3.2 Pena-base, provisória e definitiva

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 13. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 419.

¹⁶ CP, Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

No Código Penal brasileiro não há uma definição expressa do que seja pena-base, porém da análise da doutrina especializada poder-se-ia defini-la como ponto de partida para aplicação pena.

Seguindo em sua obra, Gilberto Ferreira introduz o significado da pena-base:

A palavra base deriva do grego 'básis' e literalmente significa a planta do pé. Daí que a palavra sugere a ideia de parte que servirá de apoio a alguma coisa, como planta do pé que serve de apoio ao corpo. E é nesse exato sentido que o Código Penal a usou no art. 59. A pena, encontrada a partir da apreciação das circunstâncias judiciais, entre o mínimo e o máximo fixados em abstrato pela lei, servirá de base para que sobre ela se apliquem reduções ou aumentos porventura existentes contra ou favor do réu.¹⁷

Também elucidando a função da pena-base, Enio Rosseto esclarece que “a pena-base é a quantidade de pena fixada na primeira fase da dosimetria penal. Como ponto de partida, sobre ela incidirão circunstâncias agravantes e atenuantes da segunda fase ou as causas de aumento e de diminuição da terceira fase”.¹⁸

Assim, considerando a pena-base como início para a aplicação da reprimenda, o julgador deve avaliar as circunstâncias judiciais (culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como se o comportamento da vítima influiu para a prática do delito) aplicadas ao caso concreto para análise e fixação da quantidade de pena, limitando-se aos parâmetros fixados na lei.

Nesse contexto, surge uma questão relevante sobre se a fixação da pena-base deve iniciar dos limites legais estabelecidos (máximo e mínimo) da pena cominada abstratamente ou se deve iniciar de um termo médio.

A doutrina e jurisprudência dominantes inclinam-se pela escolha da pena-base a partir do mínimo abstratamente cominado pelo legislador, exasperando-a após análise desfavorável de cada uma das circunstâncias judiciais. Por esta premissa, as circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis não se compensam, pois, em que pese o reconhecimento de uma única circunstância como desfavorável, ainda assim ocorrerá a exasperação da pena-base e não sua compensação com as demais circunstâncias favoráveis.

¹⁷ FERREIRA, Gilberto. Op. cit. p. 63.

¹⁸ ROSSETO, Enio Luiz. Teoria e aplicação da pena. São Paulo: Atlas, 2014. p. 120.

Sintetizando esta posição dominante, Ricardo Schmitt afirma que:

A quantidade pena-base, fixada a primeira etapa do sistema trifásico, não pode ser aplicada a partir da média dos extremos da pena cominada para, em seguida, considerar as circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis ao agente, porque este critério não se harmoniza com o princípio da individualização da pena, por implicar num agravamento prévio (entre o mínimo e a média) sem qualquer fundamentação. Nesse sentido: STF, HC 76196/GO¹⁹.

Resolvida esta questão, compete ao magistrado ao aplicar a sanção penal dar início a partir da pena mínima abstratamente definida no tipo penal e, após percorrer pelas três etapas expressas na lei penal, cominar sanção ao caso concreto, conforme seja necessário e suficiente para reprovação do delito em análise, bem como para prevenção da reiteração delitiva.

Na segunda etapa será verificada a pena provisória a ser aplicada ao autor do delito, na qual serão aplicadas frações de aumento ou diminuição sobre a pena-base já estabelecida em razão da ocorrência de circunstâncias atenuantes e agravantes no caso concreto.

Em virtude da ausência de previsão legal estabelecendo as frações a serem aplicadas na segunda etapa da dosimetria da pena, não há consenso sobre qual o índice deve ser aplicado, existindo, entretanto, forte inclinação da doutrina e na jurisprudência no sentido de optar-se por fração que seja superior ao que seria aplicado na primeira fase da dosimetria.

Ademais, a teor do contido no artigo 67 do Código Penal²⁰, existindo no caso concreto concurso entre circunstâncias agravantes e atenuantes, o aplicador do direito deverá privilegiar aquele que seja preponderante em razão dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e, porventura, da sua reincidência.

Nesse contexto, outra questão a se fazer é sobre a extrapolação dos limites mínimos e máximos na primeira e segunda fases da dosimetria da pena.

¹⁹ SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit. p. 148.

²⁰ CP, art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

A posição dominante, em observância ao contido no inciso II do artigo 59 do Código Penal, é de que o magistrado deve estar adstrito aos limites legais estabelecidos na lei, sob pena de violação do princípio de independência dos poderes, passando a usurpar a competência do legislador ordinário que fixou os limites para aplicação da pena.

Esse é o entendimento sedimentado na Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, pelo qual “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Entretanto esta restrição de atuação está limitada exclusivamente à primeira e segunda fases da dosimetria da pena, pois na terceira fase, caso presentes causas especiais de diminuição ou aumento da pena, a pena *in concreto* poderá ser fixada abaixo ou acima dos limites previstos no tipo penal.

Conforme ensina Rogério Greco “neste terceiro momento de aplicação da pena não existem discussões sobre a possibilidade de sua redução aquém do mínimo ou o seu aumento além do máximo, pois, se isso acontecesse, v.g., a pena do crime tentado deveria ser sempre a mesma do consumado”.²¹

Importante ressaltar que referida operação, na terceira etapa da dosimetria, não viola o princípio da legalidade, pois a diminuição ou aumento da pena estão igualmente previstas na lei penal, mediante a aplicação de frações estipuladas pelo próprio legislador. Entretanto, assim como ocorre nas fases anteriores, a aplicação da causa especial da diminuição ou aumento, bem como a escolha da fração a ser aplicada, quando não definida no texto legal, deve ser fundamentada a partir da análise do caso concreto, obtendo-se como resultado a pena definitiva.

A pena definitiva ainda poderá sofrer alterações, conforme o caso, na hipótese de incidência de concurso material ou formal de crimes ou, também, do reconhecimento de crime continuado, cujos elementos constitutivos estão previstos nos artigos 69, 70 e 71 do Código Penal²².

²¹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017. p. 713.

²² CP, art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

§ 1º - Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código.

§ 2º - Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.

A fundamentação das decisões judiciais, além de decorrer de outros preceitos do Estado de Direito, provem do disposto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, que estabelece a necessidade de todas as decisões oriundas do Poder Judiciário serem fundamentadas, sob pena de nulidade. Assim, no caso da aplicação da pena penal, ao magistrado compete fixar a pena de modo que não gere dúvidas acerca dos motivos e quantidade de pena atribuída a cada uma das circunstâncias, devendo além de optar por uma das penas cominadas, expor de forma clara e concisa a pena adequada para o caso concreto.

CP, art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.

CP, art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

4 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

4.1 Conceito

O Código Penal, em seu artigo 59, estabelece o rol de circunstâncias judiciais (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima) que devem ser analisadas para obtenção da pena-base na dosimetria, mediante a adoção do critério trifásico já citado.

A doutrina conceitua tais circunstâncias judiciais que englobam, além dos antecedentes criminais, outras sete circunstâncias. Para Guilherme de Souza Nucci:

São as circunstâncias que envolvem o crime, nos aspectos objetivo e subjetivo, extraídas da livre apreciação do juiz, desde que respeitados os parâmetros fixados pelo legislado no art. 59 do Código Penal, constituindo efeito residual das circunstâncias legais.(...) Para tanto, serve-se de todas as circunstâncias (elementos que envolvem a infração penal) devendo ter a cautela de identificar, logo de início, as que são legais – previstas expressamente em lei (qualificadoras/privilégios; causas de aumento/diminuição; agravantes/atenuantes) – das que são judiciais – extraídas da construção do juiz, conforme dados fáticos encontrados nos autos.²³

Celso Delmanto e outros definem tais circunstâncias judiciais como:

Circunstâncias são dados ou fatos (subjetivos ou objetivos) que estão ao redor do crime, mas cuja ausência não exclui o tipo penal, pois não lhe são essenciais, embora interfiram na pena. São denominadas circunstâncias judiciais as indicadas no caput deste art. 59. Ao lado delas, existem as chamadas circunstâncias legais, que são as agravantes e atenuantes (CP, arts. 61, 62, 65 e 66), que ainda serão consideradas no cálculo da pena (CP, art. 68), após a fixação da pena-base, nos termos deste art. 59.²⁴

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p.421.

²⁴ DELMANTO, Celso Delmanto et al. Código Penal Comentado. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 273.

O reconhecimento das circunstâncias judiciais, como do próprio nome é possível extrair, decorre do trabalho cognitivo do magistrado, o qual diante do caso concreto deverá prestigiá-las para o propósito de aumentar a pena-base do sujeito, em respeito ao princípio da constitucional da individualização da pena.

A imposição de certa quantidade de pena em virtude da ocorrência das circunstâncias judiciais demonstra o grau de reprovabilidade da conduta em apuração e a necessidade de prevenção, devendo como dito alhures haver fundamentação específica quanto à valoração negativa ou positiva na primeira fase da dosimetria.

Ressalta-se, porém, que as circunstâncias judiciais não se confundem com as elementares do crime, pois estas devem estar previstas no próprio tipo penal, sendo aquelas previstas na parte geral do Código Penal e consideradas para fins de exasperação e fixação da pena.

5 ANTECEDENTES CRIMINAIS

5.1 Origem e evolução

A análise da evolução dos antecedentes criminais parte do pressuposto de que determinado sujeito imputável tenha praticado determinada conduta humana prevista no ordenamento jurídico como fato típico, antijurídico e culpável. Assim, após a condenação criminal transitada em julgado aplicada ao sujeito, surge a figura dos antecedentes criminais.

A partir desta premissa, no caso de reiteração delitiva, ou seja, caso o sujeito pratique nova conduta prevista no ordenamento como fato típico, antijurídico e culpável poderá ocorrer o agravamento da pena a ser aplicada em razão deste novo delito, considerando para tanto os maus antecedentes do sujeito.

Portanto, pune-se com maior rigor o agente contumaz na prática delitiva, isso em razão do seu histórico marcado por ações criminosas reconhecidas e sancionadas após o devido processo legal.

Nesse aspecto, os antecedentes tem como fim associado o fortalecimento da comunidade, a qual almeja em seu interior o desestímulo à prática delitiva, tendo o legislador atendido esta intenção mediante a previsão de agravar a pena do sujeito em razão do seu passado, independentemente do cumprimento ou extinção da sanção aplicada anteriormente.

Antigamente, a valoração dos antecedentes criminais enfrentava conflitos de entendimentos em razão da consideração de inquéritos policiais e ações penais em curso como caracterizadores de maus antecedentes, o que acarretava na majoração da pena-base.

Atualmente, após pacificação do tema nas Cortes Superiores, entendimentos como o citado estão praticamente extirpados do âmbito criminal, pois, sedimentou-se a ideia de que apenas poderão ser valorados como maus antecedentes as condenações penais transitadas em julgado referentes a crimes anteriores ao analisado, sob pena de violação do princípio da presunção de inocência.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal pacificou o tema, em 2008, ao definir em julgamento de feito com repercussão geral a impossibilidade de

agravamento da pena-base em virtude de inquéritos ou ações penais em curso. Esse posicionamento, até o presente momento, é referendado pela Corte, como pode ser observado do seguinte julgado:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Matéria criminal. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos LVII, XLVI e LXXVII, da Constituição Federal. Repercussão geral reconhecida. Tema 129. **É entendimento consolidado da Corte que inquéritos policiais ou ações penais em curso não podem ser considerados como maus antecedentes no cálculo da pena.** Precedentes. Regimental não provido. 1. **A jurisprudência da Corte está assentada no sentido de que a existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena (v.g. RE 591.054/SC-RG, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 25/2/15).** 2. **Ambas as Turmas possuem precedentes contemporâneos que têm referendado a tese fixada em repercussão geral pelo Pleno no RE nº 591.054/SC-RG.** 3. Agravo regimental não provido – o grifo é nosso.²⁵

Já no ano de 2010, o Superior Tribunal de Justiça se aliou ao entendimento do Supremo Tribunal Federal e editou a Súmula nº 444, pela qual “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Ultrapassada esta questão, o que verificamos na atual sistemática são dúvidas quanto a real extensão dos maus antecedentes, bem como se estes se sujeitam algum critério temporal (como no caso da reincidência) ou teriam caráter perpétuo para fins de nova aplicação de nova pena criminal.

Portanto, apesar da notória evolução da dogmática dos antecedentes criminais, ainda há margem para análise mais aprofundada desta circunstância judicial.

²⁵ RE 1012344 AgR, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 05/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-104 DIVULG 18-05-2017 PUBLIC 19-05-2017.

5.2 Conceito

O professor Cezar Roberto Bitencourt, ao buscar conceituar referida circunstância, ensina que:

Por antecedentes devem-se 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 para com os imperativos ético-jurídicos. A finalidade desse modulador, como os demais constantes do art. 59, é unicamente demonstrar a maior ou menor afinidade do réu com a prática delituosa.²⁶

Nesse mesmo sentido, são os ensinamentos de Rogério Greco, para o qual 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.²⁷

Por sua vez, Ricardo Schmitt afirma que “a circunstância judicial atinente aos antecedentes criminais diz respeito aos envolvimento judiciais anteriores do acusado, sendo que os dados que não tenham relação com situações ilícitas (criminosas) poderão ser considerados na conduta social”.²⁸

Já Fenando Capez, ao alinhar-se ainda a possibilidade de considerar como maus antecedentes os inquéritos policiais e as ações penais pendentes, apesar do posicionamento consolidado citado anteriormente, diz que:

Antecedentes criminais são todos os fatos da vida pregressa do agente, bons ou maus, ou seja, tudo o que ele fez antes da prática do crime. Esse

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto - Tratado de direito penal: parte geral 1. 21. ed. rev. e atual, e ampliada - São Paulo: Saraiva, 2015. p. 774.

²⁷ GRECO, Rogério. Op. cit. p. 633.

²⁸ SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit. p. 117.

*conceito tinha abrangência mais ampla, englobando o comportamento social, relacionamento familiar, disposição para o trabalho, padrões éticos e morais etc. A nova lei penal, porém, acabou por considerar a “conduta social” do réu como circunstância independente dos antecedentes, esvaziando, por conseguinte, seu significado. Desse modo, antecedentes passaram a significar, apenas, anterior envolvimento em inquéritos policiais e processos criminais. Assim, consideram-se para fins de maus antecedentes os delitos que o condenado praticou antes do que gerou a sua condenação. Os delitos praticados posteriormente não caracterizam os maus antecedentes.*²⁹

Nessa toada, em resumo e com vista ao posicionamento consolidado da jurisprudência nacional, é possível conceituar antecedentes criminais como todas as condutas humanas penalmente relevantes e que tenham sido objeto de cognição exauriente no bojo de ação penal, cuja sentença condenatória tenha transitado em julgado após o devido processo legal.

Ademais, referida circunstância passa a ser valorada negativamente, gerando efeitos ao sujeito, na análise de novos crimes posteriores que porventura venham a ser praticados.

5.3 Hipóteses de caracterização

Atualmente, os operadores do Direito se debruçam sobre as hipóteses que caracterizam os maus antecedentes para fins de agravação da pena-base.

A mais comum e de fácil visualização diz respeito às condenações criminais cujas datas do fato e do trânsito em julgado são anteriores ao fato criminoso em análise, desde que tal condenação não seja também caracterizadora de reincidência, sob pena de incorrer em *bis in idem*.

Outra situação de rotineira nos Tribunais corresponde às condenações criminais por fatos anteriores, porém com o trânsito em julgado ocorrendo durante o

²⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120). 16. ed. — São Paulo: Saraiva, 2011. p. 478/479.

curso da ação penal em apuração. Assim, entende a maioria da jurisprudência que em tal situação a condenação anterior é caracterizadora de maus antecedentes.

Nesse sentido é a posição dominante no Superior Tribunal de Justiça, a qual pode assim ser resumida:

PENAL. HC SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. REGIME SEMIABERTO MANTIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS INCABÍVEL. WRIT NÃO CONHECIDO. [...]A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório. 3. **A condenação por crime anterior à prática delitiva, com trânsito em julgado posterior à data do crime sob apuração, malgrado não configure reincidência, enseja a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, justificando a exasperação da pena-base.** Precedentes. 4. O fato de o paciente ter cometido o crime sob apuração enquanto descontava pena imposta em condenações anteriores revela sua maior culpabilidade, o que enseja o incremento da reprimenda na primeira fase do critério trifásico. Precedente. [...] 7. Ordem não conhecida – o grifo é nosso.³⁰

Resta, ainda, dentre as relevantes, a situação objeto do presente trabalho, qual seja a caracterização dos maus antecedentes após o decurso de mais de cinco anos (utilizando como parâmetro o lapso temporal previsto para a reincidência criminal) da data da extinção da pena anteriormente aplicada. Nessa situação, apesar de decorrido certo lapso temporal da extinção da pena, pelo cumprimento ou por qualquer outra causa de extinção, a condenação anterior ainda pode ser elevada ao status de maus antecedentes, conforme reiteradas decisões do Judiciário.

³⁰ HC 361.233/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 13/10/2016.

Sobre isso é maciço o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, como pode ser verificado no seguinte julgado:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 495, XIV, DO CPP. (I) - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 356/STF. (II) - TRANSCRIÇÃO DO QUE FOI ALEGADO PELO PARQUET NA AUDIÊNCIA DO PLENÁRIO DO JÚRI. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 478, I, DO CPP. ACÓRDÃO ASSENTADO EM MAIS DE UM FUNDAMENTO SUFICIENTE. RECURSO QUE NÃO ABRANGE TODOS ELES. SÚMULA 283/STF. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTS. 59 E 68, AMBOS DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. (I) - INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. (II) - **CONDENAÇÕES ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO. MAIS DE CINCO ANOS. PERÍODO DEPURATIVO. UTILIZAÇÃO PARA NEGATIVAR A PERSONALIDADE E A CONDUTA SOCIAL. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.** SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...) 6. **A existência de condenações transitadas em julgado, cujas penas já estejam extintas há mais de cinco anos quando da prática de novo crime, apesar de não poderem ser valoradas para fins de reincidência, perfeitamente possível a sua valoração para fins de exasperação da pena-base.** Súmula 83/STJ. 7. Agravo regimental a que se nega provimento. – o grifo é nosso.³¹

A inexistência de legislação expressa determinando a limitação dos efeitos dos antecedentes criminais acarreta na valoração negativa desta circunstância de forma indistinta, passando a ter efeitos perpétuos na vida do sujeito.

Assim, a conclusão é de que existem diversas hipóteses de reconhecimento dos maus antecedentes, sendo a última apresentada objeto de maior controvérsia na doutrina e jurisprudência.

³¹ AgRg no AREsp 816.282/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 19/02/2016.

6 ANTECEDENTES CRIMINAIS E REINCIDÊNCIA

Traçando um paralelo entre os antecedentes criminais e a reincidência inicialmente se destaca que os dois institutos influem na individualização da pena do indivíduo, porém se tratam de questões conceitualmente distintas.

Os antecedentes criminais, em linhas gerais, dizem respeito à vida pregressa do sujeito, podendo ser positivos ou negativos. Ademais, quando negativos, são considerados como circunstâncias judiciais e valorados na primeira fase da dosimetria, exasperando a pena-base.

Já a reincidência criminal é uma circunstância agravante de pena a ser analisada na segunda etapa da dosimetria da pena, cujos elementos delineadores estão dispostos nos artigos 63 e 64 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 63 - 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.

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;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

Para Rogério Greco “a reincidência é a prova do fracasso do Estado na sua tarefa ressocializadora”.³²

Celso Delmanto e outros conceituam a reincidência como “a prática de novo crime, após haver sido o agente definitivamente condenado por crime anterior, no País ou no exterior”.³³

Nesse contexto, se destaca que o infrator apenas será considerado reincidente quando a sentença condenatória criminal transitada em julgado for anterior à prática do novo crime, pois, caso o trânsito em julgado seja posterior, será caracterizadora de maus antecedentes.

³² GRECO, Rogério. Op. cit. p. 724.

³³ DELMANTO, Celso et al. Op. cit. p. 294.

Outra situação relevante entre estes institutos diz respeito sobre a impossibilidade de se considerar uma mesma sentença condenatória ao mesmo tempo como caracterizadora de maus antecedentes e reincidência, sob pena de incorrer em *bis in idem*. Nessas situações, quando ainda não decorrido o prazo depurador previsto no artigo 64, inciso I do Código Penal, referida condenação deve ser considerada como reincidência, evitando-se assim a dupla punição ao indivíduo.

Essa temática, em virtude de sua relevância, é objeto da Súmula nº 241 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

Nessa hipótese, a situação jurídica do réu deve ser apreciada apenas na segunda fase da dosimetria da pena como circunstância agravante.

Entretanto, havendo mais de uma sentença condenatória criminal transitada em julgado, conforme reiterada jurisprudência dos Tribunais Superiores, não há impedimento para que uma delas seja considerada como maus antecedentes (circunstância judicial analisada na primeira fase) e a outra como circunstância agravante (reincidência valorada na segunda fase).³⁴

³⁴ Nesse sentido: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. ROUBO. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. CITAÇÃO DO CONCEITO. ELEVADO GRAU DE REPROVABILIDADE NÃO DEMONSTRADO. **MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS, DISTINTAS DA UTILIZADA, NA SEGUNDA FASE, COMO REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE.** CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. RECUPERAÇÃO PARCIAL DA RES FURTIVA. DECORRÊNCIA COMUM AO DELITO DE ROUBO. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. Conquanto o elevado grau de reprovabilidade da conduta configure circunstância apta a justificar o aumento da pena-base, há que se justificá-lo mediante fundamentos concretos, não se prestando a tal a mera citação do conceito de culpabilidade ou mesmo a gravidade abstrata do delito. 3. **A valoração negativa dos antecedentes e da personalidade, em razão da existência de condenações definitivas, diversas da utilizada, na segunda fase, como reincidência, não configura constrangimento ilegal.** Precedentes. 4. A recuperação parcial da res furtiva configura consequência ínsita e usual dos delitos patrimoniais. Precedentes. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas a 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, e 14 dias-multa. (HC 206.819/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 21/09/2015) – o grifo é nosso.

6.1. Temporariedade da reincidência

O legislador ordinário fixou a temporariedade dos efeitos da condenação criminal para fins de reincidência ao estabelecer no inciso I do artigo 64 do Código Penal o prazo depurador de cinco anos³⁵.

Logo, a reincidência possui caráter temporário, uma vez que decorridos cinco anos da data de extinção ou cumprimento da pena, a condenação anterior não poderá mais ser considerada como circunstância agravante na individualização da pena do novo crime cometido pelo indivíduo.

Nesse sentido leciona Nucci:

Há um prazo para que a condenação anterior possa surtir efeitos, caso alguém torne a praticar crime. Estipula o art. 64 do CP que, para efeito de gerar reincidência, a condenação definitiva, anteriormente aplicada, cuja pena foi extinta ou cumprida, tem o prazo de 5 anos para perder força. Portanto, decorrido o quinquênio, não é mais possível, caso haja o cometimento de um novo delito, surgir a reincidência. Não se trata de decair a reincidência, mas sim a condenação: afinal, quem é condenado apenas uma vez na vida não é reincidente, mas sim primário.³⁶

No mesmo sentido, porém estabelecendo a forma de contagem do prazo depurador, Ricardo Schmitt indica que:

Uma vez cumprida ou extinta a pena privativa de liberdade, a partir dessa data se inicia a contagem do lapso temporal de 5 (cinco) anos, ou seja, se o agente vier a cometer novo crime neste intervalo de tempo será considerado reincidente, ao passo em que se vier a cometer novo crime somente após o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, não poderá ser considerado reincidente.³⁷

³⁵ Apenas a título de curiosidade, no texto original do Código Penal de 1940 a reincidência possuía caráter perpétuo, o que foi eliminado no ano de 1977 com as alterações impostas através da Lei nº 6.416/77. Desde o ano de 1984, com a edição da Lei nº 7.209/84, passou-se também a considerar no prazo depurador (5 anos) o tempo de livramento condicional e da suspensão condicional da pena.

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 236.

³⁷ SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit. p. 202.

Diante disso, verifica-se a temporariedade da circunstância agravante da reincidência, pois o legislador foi expresso ao estipular um prazo em que a sentença condenatória criminal poderá ser valorada para referida finalidade. Ultrapassado o prazo definido de cinco anos, a sentença condenatória somente poderá ser considerada para fins de antecedentes criminais, ressalvados os entendimentos diversos a seguir apresentados.

7 A PERPETUIDADE DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS

7.1 Divergências doutrinárias e jurisprudenciais

Hodiernamente é certo que não há no ordenamento jurídico norma expressa determinando a temporariedade dos antecedentes criminais, concluindo-se que, por este prisma, referida circunstância seria perpétua e deve ser considerada indistintamente no momento da aplicação da pena. Entretanto, há uma vertente doutrinária e jurisprudencial que, após análise constitucional da vedação à perpetuidade da pena, defendem a necessidade de limitação temporal no momento de considerar os antecedentes criminais na individualização penal.

Esse entendimento, ao impor um prazo de validade aos maus antecedentes, claramente prestigia o princípio constitucional da razoabilidade (proporcionalidade) em detrimento ao, também constitucional, princípio da individualização da pena, deixando de considerar o passado do acusado para fins de aplicação da pena.

Ao analisarem referida temática, Luiz Flávio Gomes e Antônio García-Pablos de Molina lecionam que:

Sobre o conceito de maus antecedentes existem duas correntes: 1. A primeira (inconstitucional) considera antecedente qualquer envolvimento do agente com algum inquérito ou ação penal; de acordo com essa primeira orientação processo em andamento configuraria maus antecedentes. Isso é, claramente, inconstitucional. É fruto da incidência direta do poder punitivo estatal não depurado, não da aplicação do (verdadeiro) Direito Penal. 2. A segunda (constitucional) considera maus antecedentes apenas as condenações passadas da vida do agente, que constam da sua 'folha corrida' e já não geram reincidência (leia-se: condenações pretéritas, que vão além do lapso de cinco anos contados da extinção da pena para trás). Essa segunda corrente é a adequada ao Estado constitucional e humanista de Direito.³⁸

Nessa mesma linha de raciocínio, Fernando Capez defende que:

³⁸ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de. Direito Penal - parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 728.

(...) na hipótese de prescrição da reincidência, a condenação que caducou para esse fim continua válida para gerar maus antecedentes. É claro que, com o passar do tempo, os processos e condenações anteriores vão perdendo a influência sobre a pena de futuros crimes, mas, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, não se podendo falar em prazo fixo de prescrição.³⁹

Para Cleber Masson, apesar de reconhecer a existência de julgados em sentido diverso, o ordenamento jurídico filiou-se à perpetuidade dos maus antecedentes, aduzindo que:

No tocante à validade da condenação anterior para fins de maus antecedentes, o Código Penal filiou-se ao sistema da perpetuidade, ou seja, o decurso do tempo após o cumprimento ou extinção da pena não elimina esta circunstância judicial desfavorável, ao contrário do que se verifica na reincidência (CP, art. 64, I). Em apertada síntese, não há para aos maus antecedentes regra análoga àquela contida em relação à reincidência. Esta é a nossa posição, amparada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal: 'O Plenário asseverou que o transcurso do quinquênio previsto no art. 64, I, do CP não seria óbice ao acionamento do art. 59 do mesmo diploma'.⁴⁰

Esse posicionamento ganhou força especialmente em razão da reiterada aceitação da tese pela Corte do Superior Tribunal de Justiça e, paulatinamente, pelos demais Tribunais pátrios:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INDEFERIMENTO LIMINAR DA INICIAL. NULIDADE DO PROCESSO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. INEVIDÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. **CONDENAÇÃO COM MAIS DE 5 ANOS DE TRÂNSITO EM JULGADO. CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE.** AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA. ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE UM DOS REQUISITOS PREVISTOS NA LEI N. 11.343/2006. REGIME

³⁹ CAPEZ, Fernando. Op. cit. p. 490.

⁴⁰ MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado: parte geral – vol. 1. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 744.

FECHADO. ADEQUADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. (...) **Não há qualquer ilegalidade na valoração desfavorável dos antecedentes do paciente com base em processo cuja condenação definitiva por prazo superior a cinco anos. A teor da jurisprudência desta Corte, condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes.** 3. Inaplicável a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, haja vista que o paciente não preenche os requisitos legais, porquanto ostenta maus antecedentes. (...)– o grifo é nosso.⁴¹

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÃO CUJA PENA FOI CUMPRIDA HÁ MAIS DE CINCO ANOS. POSSIBILIDADE.** AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. **É assente na jurisprudência desta Corte o entendimento de que condenações transitadas em julgado cuja pena foi cumprida ou se extinguiu há mais de cinco anos podem ser utilizadas para efeito de maus antecedentes.** 2. Apesar de existirem julgados da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário ao entendimento adotado, como regra, por este Tribunal, ainda não é o caso de se alterar a jurisprudência hodierna, tendo em vista que não houve pronunciamento definitivo e vinculante quanto a essa temática por parte do Pretório Excelso. 3. Em casos excepcionais, nos quais a condenação transitada em julgado, já cumprida (ou que tenha tido sua punibilidade já extinta) e que tenha ultrapassado o período depurador do art. 64, I, do CP, mas que se refira a fato ocorrido já há muito tempo, admite-se, em atenção ao princípio da razoabilidade, que dita condenação não seja computada como maus antecedentes para efeito de elevação da pena-base de novo delito. Precedentes: Revisão criminal n. 3.601/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Terceira Seção, julgado em 26/04/2017, DJe 03/05/2017; HC 391.015/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 16/05/2017, DJe 24/05/2017; HC 354.361/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 22/11/2016, DJe 07/12/2016. Entretanto, não é esse o caso dos autos, pois a pena referente ao crime

⁴¹ AgRg no HC 358.539/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 16/08/2017.

anterior foi cumprida há cerca de oito anos. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. – o grifo é nosso.⁴²

Analisando este último julgado é possível verificar uma tendência de alteração na orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, no qual já se encontram decisões extirpando, nos casos concretos e com base no princípio da razoabilidade, os efeitos dos maus antecedentes quando decorridos certo lapso temporal do cumprimento ou extinção da pena⁴³.

⁴² AgRg no AREsp 1250594/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 13/04/2018.

⁴³ RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. **MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. FRAÇÃO DA MINORANTE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. RECURSO NÃO PROVIDO.** 1. Consoante entendimento deste Superior Tribunal, decorrido o prazo de cinco anos entre a data do cumprimento ou a extinção da pena e a infração posterior, a condenação anterior, embora não possa prevalecer para fins de reincidência, pode ser sopesada a título de maus antecedentes. Precedentes. 2. Sem embargo, não há como afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas pela simples existência de duas condenações transitadas em julgado com extinção da punibilidade há tanto tempo, máxime porque, além de o recorrido ser tecnicamente primário ao praticar o crime em comento, não há notícias de que se dedique a atividades delituosas ou de que integre organização criminosa. 3. **Se o transcurso do tempo impede que condenações anteriores configurem reincidência, esse mesmo fundamento - o lapso temporal - deve ser sopesado na análise das condenações geradoras, em tese, de maus antecedentes.** 4. **Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não tenha decidido o mérito do RE n. 593.818 RG/SC - que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes -**, no caso, firme na ideia que subjaz à temporalidade dos antecedentes criminais, devem ser relativizados os dois registros penais tão antigos do acusado, de modo a não lhes imprimir excessivo relevo a ponto de impedir a incidência da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. 5. A escolha do percentual de diminuição de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 decorre da discricionariedade vinculada do julgador, de modo que a alteração do quantum de redução nesta instância superior depende da demonstração de ilegalidade ou de teratologia, inexistente no caso. 6. Recurso especial não provido. (REsp 1.160.440/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 31/03/2016) – o grifo é nosso.

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 306 DO CTB (REDAÇÃO DA LEI N. 12.760/2012). ETILÔMETRO. ÔNUS DA PROVA. VERIFICAÇÃO ANUAL. POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. ART. 64, I, DO CP. **MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO SUPERIOR A 15 ANOS.** (...) 3. Em regra, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a utilização de condenações cujo cumprimento ou extinção da pena se deu em lapso superior a 5 anos. 4. **A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem afastado a negativa dos antecedentes, relativizando os efeitos das sentenças condenatórias pelo excessivo decurso do tempo.** 5. **A interpretação da lei penal não pode conduzir à aplicação em que à reprimenda se imprima caráter perpétuo, nos termos do art. 5º, XLVII, b, da Constituição Federal.** 6. Ante a exígua pena imposta na ocasião (1 ano de reclusão e 10 dias-multa) e o trânsito em julgado da condenação utilizada, datada de 27/8/2001, necessário afastar a negatificação dos maus antecedentes, reduzindo a pena a 7 meses de detenção e 11 dias-multa. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para reduzir a pena a 7 meses de detenção e 11 dias-multa. (REsp 1.559.511/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 25/10/2016) – o grifo é nosso.

Cotejando o prazo depurador previsto para a reincidência, em conjunto com o instituto da reabilitação do condenado, Luis César Busato⁴⁴ alerta sobre uma incongruência existente no nosso ordenamento jurídico:

É que o sistema de fixação da pena (arts. 61, inciso I, e 64 do Código Penal) estabelece que uma condenação havida em prazo não superior a cinco anos do cumprimento da pena anterior caracteriza a reincidência, que é circunstância agravante genérica e, por outro lado, estabelece ser possível a declaração de reabilitação do condenado (art. 94 do Código Penal) quando passados dois anos da condenação, cumpridas certas condições, tenha mantido bom comportamento, o que inclui, por óbvio, a vedação a nova prática delitiva.

Decorre da conjunção desses dois dispositivos que uma condenação ocorrida há mais de cinco anos, preservados os requisitos da reabilitação, jamais poderia ser considerada antecedentes, em desfavor do réu, a menos que fosse admitida a flagrante incongruência entre a afirmação do Estado de que ele está reabilitado e, ao mesmo tempo, ele ser merecedor de uma pena diferenciada entre ele e aqueles que jamais foram condenados. [...]

E conclui:

Desse modo, a filtragem pelo princípio de presunção de inocência faz remanescer, como lídimo, a efeitos de serem consideradas como antecedentes criminais, somente as condenações com trânsito em julgado que não foram objeto de declaração de reabilitação. Ainda assim, tais condenações devem ser estudadas de modo contextualizado, com vistas a aferir se devem ser consideradas circunstâncias judiciais favoráveis ou desfavoráveis ao réu.

Seguindo essa linha de raciocínio, porém com visão ampliada, há na doutrina ensinamentos no sentido de que a ausência de limitação temporal expressamente prevista em lei ordinária não impede o reconhecimento da temporariedade dos efeitos dos maus antecedentes, sendo esta uma forma de garantia dos princípios da razoabilidade e da dignidade humana, bem como do preceito constitucional da vedação à perpetuidade das penas.

⁴⁴ BUSATO, Paulo César. Op. cit. p. 841.

Nas palavras do agora Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes a vedação às penas de caráter perpétuo decorre do princípio da natureza temporária, limitada e definida das penas e compatibiliza-se com a garantia constitucional à liberdade e à dignidade humana.⁴⁵

Nesse mesma linha da vedação à perpetuidade da pena, Zaffaroni e Pierangeli ensinam que esta proibição constitucional não diz respeito somente à pena em si, mas também aos seus efeitos:

A exclusão da pena perpétua de prisão importa que, como lógica consequência, não haja delitos que possam ter penas ou consequências penais perpétuas. Se a pena de prisão não pode ser perpétua, é lógico que tampouco pode ser ela a consequência mais branda do delito. Isto resulta claro quanto às consequências acerca da reincidência, que o inciso I do art. 64 limita em cinco anos. De outro modo, se estaria consagrando a categoria de “cidadão de segunda”, ou uma *capitis diminutio* inaceitável no sistema democrático ou republicano. Por mais grave que seja um delito, a sua consequência será, para dizê-lo de alguma maneira, que o sujeito deve “pagar a sua culpa”, isto é, que numa república se exige que os autores de delitos sejam submetidos a penas, mas não admite 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.⁴⁶

De igual forma, o eminente professor Cezar Roberto Bitencourt leciona 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”.⁴⁷

Nessa mesma direção, Celso Delmanto e outros assinalam que:

(...) caso o prazo depurador de cinco anos (CP, art. 64, I) já tenha passado antes do cometimento do novo crime, não seve igualmente ser considerada

⁴⁵ MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 336.

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Volume 1: Parte Geral. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 673.

⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 297.

nos antecedentes, pois não seria coerente que a condenação anterior, não gerando mais reincidência, passasse a ser considerada mau antecedente.⁴⁸

De forma sucinta, o professor Juarez Cirino arremata dizendo que “a teoria e jurisprudência modernas condicional a validade dos antecedentes ao prazo de 5 (cinco) anos, por aplicação analógica do prazo de validade da reincidência(art. 64, I, CP)”.⁴⁹

Portanto, percebe-se a presença de forte inclinação da doutrina em suprir a ausência legislativa e agir ativamente na disposição de critérios objetivos, justos e equânimes como forma de prestigiar os princípios constitucionais.

Em apoio a este entendimento, Ricardo Augusto Schmitt leciona que:

Ora, os efeitos da reincidência se submetem a um prazo depurador de 5 (cinco) anos, contado na forma disposta pelo artigo 64, I, do Código Penal, por isso, entendemos que os efeitos de qualquer condenação transitada em julgado deverão ser regulados pelo citado período, ante a ausência de previsão legal a título de maus antecedentes. Tal interpretação nos parece razoável e necessária como forma de evitar que uma condenação anterior possa propagar seus efeitos por toda a vida do agente, mesmo que ocorrida a dez, vinte, trinta ou mais anos atrás.⁵⁰

Sintetizando os autores citados e também defendendo a temporariedade dos efeitos dos maus antecedentes, Paulo Queiroz ensina que:

Como vimos, autores há que entendem que, retomando a condição de primário, 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)

⁴⁸ DELMANTO, Celso Delmanto et al. Op. cit. p. 274.

⁴⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005. p. 112.

⁵⁰ SCHMITT, Ricardo Augusto. Op. cit. p. 122.

deve seguir a sorte do principal (a reincidência). Mais: os maus antecedentes acabariam assumindo caráter perpétuo.⁵¹

Essa corrente doutrinária ganha força em razão da sua aceitação em julgados do Supremo Tribunal Federal, vejamos:

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. – o grifo é nosso.⁵²

PENAL. HABEAS CORPUS. **CONDENAÇÃO PRETÉRITA CUMPRIDA OU EXTINTA 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, condenações pretéritas não podem ser valoradas como maus antecedentes quando o paciente, nos termos do art. 64, I, do Código Penal, não puder mais ser considerado reincidente.** Precedentes. II - Parâmetro temporal que decorre da aplicação do art. 5º, XLVI e XLVII, b, da Constituição Federal de 1988. III – Ordem concedida para determinar ao Juízo da origem que afaste o aumento da pena decorrente de condenação pretérita alcançada pelo período depurador de 5 anos. – o grifo é nosso.⁵³

Em uma de suas obras, o Ministro Gilmar Mendes, em conjunto com Paulo Branco, defende que:

⁵¹ QUEIROZ, Paulo. Direito Penal – Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 342/343.

⁵² HC 126315, Relator: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 04-12-2015 PUBLIC 07-12-2015.

⁵³ HC 142371, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 30/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 09-06-2017 PUBLIC 12-06-2017.

Questão paralela diz com a existência de período máximo no qual uma condenação é considerada antecedente desfavorável – período depurador. Ao aplicar a pena, o juiz verifica o histórico criminal do condenado. Se o novo crime foi praticado no período que vai do trânsito em julgado de condenação anterior até cinco anos após o cumprimento ou extinção da pena, ele é considerado reincidente – art. 64, I, CP.

O prazo de cinco anos contados do cumprimento ou da extinção da pena é chamado de período depurador da reincidência. Após esse prazo, o condenado volta a ser tecnicamente primário.

O reconhecimento legal de um prazo de validade da reincidência é uma decorrência da vedação de penas de caráter perpétuo. O reincidente tem agravada a pena e o regime prisional, além de não fazer jus a outros benefícios – arts. 33, § 2º, 44, 61, I e 77, I, 83, do CP.

No que se refere aos maus antecedentes, a legislação não prevê período máximo de validade da condenação, de forma semelhante ao período depurador da reincidência.

Maus antecedentes são condenações com trânsito em julgado por infrações penais anteriores ao crime em julgamento, mas que não podem ser consideradas como reincidência. Os maus antecedentes são avaliados na primeira fase da aplicação da pena (art. 59 do CP) e levam a um aumento menor da pena do que aquele decorrente da reincidência.

Com isso, surgiu a controvérsia se, após o decurso do período depurador da reincidência, a condenação poderia ser avaliada como um antecedente desfavorável. As turmas do STF responderam negativamente à questão e vêm aplicando o mesmo período de depuração da reincidência, invocando a vedação de penas perpétuas e o “direito ao esquecimento”.

O direito ao esquecimento, a despeito de inúmeras vozes contrárias, também encontra respaldo na seara penal, enquadrando-se como direito fundamental implícito, corolário da vedação à adoção de pena de caráter perpétuo e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade.⁵⁴

O aquecimento deste debate jurídico, inclusive, fundamentou o reconhecimento de repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 593.818-RG/SC, de relatoria do eminente Ministro Roberto Barroso, não havendo, entretanto, previsão de julgamento pelo Plenário da Corte e, com isso, pacificação da matéria no cenário nacional.

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 491.

Entretanto, cotejando alguns julgados da Suprema Corte é possível traçar algumas conclusões a respeito do tema: (i) na 2ª Turma houve pacificação da controvérsia, no sentido de acolhimento da tese de temporariedade dos maus antecedentes, os quais também se sujeitariam ao prazo depurador previsto no artigo 64, inciso I do Código Penal. (ii) De outro lado, verifica-se a ausência de consolidação de entendimento na 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, da qual é possível extrair julgados acolhendo ambas as teses.

Outrossim, a título exemplificativo, vejamos o posicionamento de alguns Ministros sobre o tema, ou seja, se é possível a valoração dos antecedentes criminais após o decurso de mais de cinco anos da extinção da pena:

| | | |
|------------------------------------------------------------------|-----------------------------|---------------------------------|
| STF – 1ª Turma – RHC nº 118.977/MS – julgado em 18.03.2014 | Min. Marco Aurélio | Não participou |
| | Min. Dias Toffoli | Não |
| | Min. Luiz Fux | Não participou |
| | Min. Rosa Weber | Não |
| | Min. Roberto Barroso | Não |
| STF – 1ª Turma – RHC nº 119.200/PR – julgado em 11.02.2014 | Min. Marco Aurélio | Não |
| | Min. Dias Toffoli | Não |
| | Min. Luiz Fux | Não |
| | Min. Rosa Weber | Não |
| | Min. Roberto Barroso | Não, com ressalva ⁵⁵ |
| STF – 2ª Turma – HC nº 142.371/SC – julgado em 30.05.2017 | Min. Ricardo Lewandowski | Não |
| | Min. Celso de Mello | Não |
| | Min. Dias Toffoli | Não |
| | Min. Edson Fachin | Não, com ressalva ⁵⁶ |
| | Min. Gilmar Mendes | Não |
| STF – 2ª Turma – HC nº 126.315/SP – julgado em 15.09.2015 | Min. Cármen Lúcia | Sim |
| | Min. Teori Zavascki | Sim |
| | Min. Celso de Mello | Não |
| | Min. Dias Toffoli | Não |

A análise de alguns destes julgados exterioriza a posição dos Ministros da Suprema Corte, os quais apesar da ressalva feita sobre a possibilidade de mudança de posicionamento, no momento do julgamento da repercussão geral em Plenário, no caso concreto, posicionam-se a respeito do tema. Cita-se, por exemplo, trecho extraído do voto do Ministro Relator Dias Toffoli, no julgamento do HC 119.200/PR:

⁵⁵ Ressalva no sentido de que a discussão mais ampla deverá ser feita pelo Plenário da Corte, no julgamento da repercussão geral, podendo vir a mudar seu entendimento.

⁵⁶ Ressalva no sentido de que a opção de umas das correntes não acarretaria em constrangimento ilegal, em virtude da existência de divergência na Corte, cujo tema deverá ser analisado pelo Plenário porventura do julgamento da repercussão geral.

Observo, de início, que essa questão teve sua repercussão geral reconhecida (RE nº 593.818-RG/SC, de relatoria do Ministro Roberto Barroso), não tendo, contudo, sido ainda devidamente debatida no Plenário da Corte.

Assim, por ora, pedindo vênia aos que têm entendimento em sentido contrário (RHC nº 106.814/MS, Primeira Turma, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 24/2/11; HC nº 97.390/SP, Primeira Turma, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 24/9/10; HC nº 98.803/MS, Segunda Turma, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, DJe de 11/9/09) e sem me comprometer com a tese, alinho-me, por ora, ao entendimento preconizado pelo Ministro Gilmar Mendes no HC nº 110.191/RJ, Segunda Turma, DJe de 6/5/13 (...) Com efeito, a interpretação do disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal deve ser no sentido de se extinguirem, no prazo ali preconizado, não só os efeitos decorrentes da reincidência, mas qualquer outra valoração negativa por condutas pretéritas praticadas pelo agente.

Penso que eventuais deslizes 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 (CP, art. 59), sob pena de perpetuação de efeitos que a lei não prevê e que não se coadunam com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e do caráter socializador da reprimenda penal.

O homem não pode ser penalizado eternamente por deslizes em seu passado, pelos quais já tenha sido condenado e tenha cumprido a reprimenda que lhe foi imposta em regular processo penal.

Faz ele jus ao denominado “direito ao esquecimento”, não podendo perdurar indefinidamente os efeitos nefastos de uma condenação anterior, já regularmente extinta.

Por isso, delimitou expressamente o legislador o prazo de cinco (5) anos para o desaparecimento dos efeitos da reincidência (CP, art. 64).

Se essas condenações não mais se prestam para o efeito da reincidência, que é o mais, com muito maior razão não devem valer para os antecedentes criminais, que são o menos.⁵⁷

Desta citação é possível, inclusive, extrair a mudança de posicionamento do eminente Ministro Ricardo Lewandowski – que anteriormente defendia a perpetuidade dos maus antecedentes – que se alinhou ao entendimento

⁵⁷ HC 119200, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 11/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-048 DIVULG 11-03-2014 PUBLIC 12-03-2014.

consolidado da Segunda Turma do STF e passou a aplicar a regra de temporariedade prevista no artigo 64, inciso I do Código Penal, conforme se percebe no julgamento do HC 142.371/SC de sua Relatoria:

De antemão, observo que a discussão trazida aos autos trata de tema submetido a esta Corte sob a sistemática da repercussão geral, que ainda pende de julgamento.[...]. Com efeito, quando integrava a Primeira Turma do Tribunal entendia que a existência de condenações anteriores, extintas há mais de 5 anos, a despeito de não poderem ser consideradas para fins de reincidência, caracterizariam maus antecedentes (HC 97.390/SP e RHC 106.814/MS, ambos de minha relatoria).

Além disso, não desconheço a existência de julgado recente da Primeira Turma, no HC 132.120 AgR/SP, de relatoria do Ministro Edson Fachin, no sentido de que, “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”.

Ocorre que, seguindo a firme orientação desta Segunda Turma, que aplica a casos análogos os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana, entendo que a matéria posta nos autos merece tratamento distinto, segundo o qual:

‘[...] 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’ (HC 128.153/SP, Rel. Min. Teori Zavascki).

Destaco, ainda, a existência de jurisprudência pacífica desta Segunda Turma no sentido de que “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” (HC 126315/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes).

Acrescento, ainda, que faz-se necessário adotar como parâmetro temporal, para efeitos pro tempore da condenação penal, o disposto no art. 64, I, do Código Penal (5 anos), sob pena de se perpetuar tal revés na valoração de maus antecedentes.

Nesse ponto, nunca é bastante lembrar que a Constituição Federal preza pela individualização da pena e veda expressamente as que tenham caráter perpétuo (art. 5º, XLVI e XLVII, b)".⁵⁸

Em sentido contrário aos Ministros citados, a Ministra Carmém Lúcia, no voto-vista proferido no HC 126.315/SP, diverge da maioria, apresentando os seguintes argumentos:

Discute-se no presente habeas corpus se, além da exigência de condenação criminal definitiva, também se imporia, para a caracterização de maus antecedentes, o não transcurso do prazo de cinco anos previsto no art. 64, inc. I, do Código Penal, no qual se disciplina o período depurador da reincidência.

No ponto, não há consenso na doutrina. [...]

A jurisprudência majoritária deste Supremo Tribunal até agora reconhece a possibilidade de utilização, como maus antecedentes, da condenação criminal definitiva não caracterizadora de reincidência, pelo decurso do prazo do art. 64, inc. I, do Código Penal. [...]

Assim também o RHC 117.668, de minha relatoria, DJe 26.8.2013; o HC 97.390, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 24.9.2010; o HC 86.415, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJe 18.11.2005; e o HC 75.965, Relator o Ministro Sydney Sanches, DJ 3.4.1998.

Serve de base jurídica à orientação desses julgados a circunstância de que contrariaria o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI, da Constituição da República) eventual equiparação, quando da análise das circunstâncias judiciais para a dosimetria da pena (art. 59 do Código Penal), entre acusado jamais condenado criminalmente, ou contra o qual jamais tenha sido instaurado inquérito (sem antecedentes criminais, portanto), a outro processado e condenado definitivamente por fatos anteriores ao quinquídio legal. [...]

O reconhecimento da possibilidade de utilização das condenações anteriores como maus antecedentes não configura a alegada pena perpétua, mas a consideração de situação fática da vida do Paciente, com reflexo na dosimetria penal.

O habeas corpus não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias anteriores para a majoração da pena-base (RHC 114.742, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe

⁵⁸ HC 142371, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 30/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 09-06-2017 PUBLIC 12-06-2017.

8.11.2012; RHC 98.358, de minha relatoria, DJe 16.4.2010; HC 111.668, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 16.4.2012; HC 101.892, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 27.9.2011; HC 107.626, de minha relatoria, DJe 20.10.2011; HC 97.677, de minha relatoria, DJe 18.12.2009; HC 87.684, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 25.8.2006; HC 88.132, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 2.6.2006; e RHC 90.525, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 25.5.2007).

Pedindo vênia ao Ministro Relator, tenho que o caso em exame não se enquadra na situação excepcional do precedente (HC n. 110.191), devendo-se submeter, ao menos até o julgamento da repercussão geral reconhecida (RE 593.818-RG/SC, Relator o Ministro Roberto Barroso), ao entendimento jurisprudencial majoritariamente adotado por este Supremo Tribunal Federal até agora, por ser o Paciente detentor de extensa folha criminal, não se podendo desconsiderar, na fixação de pena-base, condenações anteriores, ainda que transcorrido o prazo de cinco anos.⁵⁹

Diante disso, na análise da repercussão geral fixada no Recurso Extraordinário nº 593.818-RG/SC, é possível prever um julgamento favorável a tese da temporariedade dos maus antecedentes, os quais se sujeitariam, por analogia, ao prazo depurador de cinco anos a contar da data da extinção da pena.

No Tribunal de Justiça do Paraná, a matéria ainda é controvertida, existindo posicionamentos mais recentes adotando as duas correntes acima citadas.

No sentido de reconhecimento dos maus antecedentes após o decurso do prazo de cinco anos da extinção pena:

APELAÇÃO CRIME – POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 12 DA LEI 10.826/2003) – PROCEDÊNCIA. APELO DO ACUSADO – 1. DOSIMETRIA DA PENA – **MAJORAÇÃO DA PENA NA PRIMEIRA FASE - ACUSADO QUE OSTENTA MAUS ANTECEDENTES** – MANUTENÇÃO - 2. ALTERAÇÃO EX OFFICIO DAS CONDIÇÕES DO REGIME ABERTO – FIXAÇÃO DE CONDIÇÕES QUE NA VERDADE CONSTITUEM MODALIDADES DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 493, DO STJ - RECURSO DESPROVIDO, ADEQUANDO-SE DE OFÍCIO A PENA APLICADA. 1. **Nos termos do artigo 63 e 64 do Código Penal, a contagem do prazo de 5 (cinco) anos somente se aplica aos casos de reincidência, e não aos antecedentes**

⁵⁹ HC 126315, Relator: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 04-12-2015 PUBLIC 07-12-2015.

criminais ostentados pelo acusado, pelo que o decurso do tempo somente faz com que a pessoa deixe de ser reincidente, persistindo, no entanto, o fato de que este possui maus antecedentes. 2. Por ser uma alternativa a pena privativa de liberdade, a interdição temporária de direitos não pode ser imposta como condição especial para o cumprimento da pena em regime aberto, sob pena de bis in idem, ou seja, cumulação ilegal de sanções. – o grifo é nosso.⁶⁰

E no sentido de desconsideração dos maus antecedentes após o decurso do prazo de cinco anos da extinção da pena:

APELAÇÃO CRIME. FURTO (ARTIGO 155, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). CONDENAÇÃO. (I) PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS E NEGATIVA DE AUTORIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PALAVRA DA VÍTIMA E DOS POLICIAIS. VALIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA. (II) DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE FURTO PARA RECEPÇÃO. SUBTRAÇÃO DE COISA ALHEIA MÓVEL COMPROVADA. IMPOSSIBILIDADE. (III) **DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. MAUS ANTECEDENTES NÃO CARACTERIZADOS. CONDENAÇÃO COM PENA EXTINTA HÁ MAIS DE 5 (CINCO) ANOS. REPERCUSSÃO GERAL DO TEMA RECONHECIDA. REDUÇÃO DA CARGA PENAL QUE SE IMPÕE.** SEGUNDA FASE. REINCIDÊNCIA. REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PARA 1/6 (UM SEXTO). CABIMENTO. (IV) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA SUBSTITUIÇÃO. (V) ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PEDIDO AFETO AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. (VI) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR FIXADO PELO JUÍZO A QUO EM CONFORMIDADE COM O DISPOSTO NA RESOLUÇÃO 13/2016-PGE/SEFA. IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO. – o grifo é nosso.⁶¹

Diante deste quadro de controvérsia, a confirmação de uma ou de outra tese somente será verificada a partir do julgamento da repercussão geral indicada no

⁶⁰ TJPR - 2ª C.Criminal - 0002593-62.2016.8.16.0117 - Medianeira - Rel.: Luís Carlos Xavier - J. 05.04.2018.

⁶¹ TJPR - 3ª C.Criminal - 0010597-48.2014.8.16.0056 - Cambé - Rel.: Desembargador Paulo Roberto Vasconcelos - J. 09.04.2018.

Recurso Extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, sendo que, neste momento, há inclinação no sentido de se alterar a jurisprudência até então vigente para o fim de afastar a aplicação perpetua dos maus antecedentes para aumento da pena-base.

CONCLUSÃO

Considerando o que foi apresentado, é possível perceber uma atuação ativa do Poder Judiciário, encabeçado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de preencher a lacuna legislativa atinente à temporariedade dos maus antecedentes, sendo considerado, neste caso, o prazo depurador de cinco anos previsto para os casos de reincidência criminal.

Com essa atitude surgirão críticas no sentido de que tal conduta consubstancia em usurpação de competência pelo Poder Judiciário, o qual estaria claramente legislando no lugar do Poder Legislativo, violando, portanto, o preceito fundamental da República da separação e independência entre os três Poderes.

Entretanto, fundamentada nos princípios da razoabilidade e da dignidade humana e, em atenção, ao proibitivo constitucional da perpetuidade das penas, a fixação da temporariedade dos maus antecedentes tende a se tornar uma realidade nos julgados vindouros. Nesta hipótese, todavia, resta evidente a afronta ao princípio da individualização da pena, pois seriam afastadas as circunstâncias pessoais do agente e seu histórico criminal para fins de aplicação da pena, configurando certa padronização das pessoas.

Com isso ocorrerá a elevação do princípio da razoabilidade (proporcionalidade) em detrimento ao princípio da individualização da pena, limitando-se a discricionariedade magistrado no momento da aplicação da pena, pois estará adstrito ao lapso temporal decorrido entre a extinção da pena anterior e a ocorrência do novo crime. Assim, o raciocínio utilizado para a depuração da reincidência criminal poderá passar a ser utilizado na análise dos antecedentes criminais, reduzindo também a possibilidade de exasperação da pena-base no caso de criminosos com vasto histórico criminal.

Diante disso, a estipulação de um prazo depurador para a majoração da pena-base em razão dos maus antecedentes, de um lado pode satisfazer conceitos de humanidade e ressocialização do infrator, evitando-se a sua estigmatização. Porém, no outro vértice poderá gerar uma sensação desarrazoada de impunidade e até desproporcionalidade, ao considerar como iguais, por exemplo, um acusado sem passado criminal e outro com vasta ficha criminal, cujas sentenças condenatórias já tenham sido extirpadas em virtude do decurso do tempo.

Assim, ao invés de estabelecer critérios para limitação da atuação do magistrado, o ideal seria a garantia de instrumentos eficazes para a individualização da pena, proporcionando a aplicação da punição justa em razão das particularidades de cada indivíduo e de cada crime, desestimulando gradativamente a prática delitiva.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 21. ed. rev. e atual, e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 95778/RJ, Relator: Ministro Carlos Britto, Primeira Turma, Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=RHC&numero=95778&origem=AP> >. Acesso em: 20 mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1012344/RJ, Relator: Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=RE&numero=1012344&origem=AP> >. Acesso em: 18 mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126315/SP, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=HC&numero=126315&origem=AP> >. Acesso em: 17 mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 142371/SC, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=HC&numero=142371&origem=AP> >. Acesso em: 11 mai. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 119200/PR, Relator: Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=HC&numero=119200&origem=AP> >. Acesso em: 09 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 361233/RJ, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201601722223 >. Acesso em: 09 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 816282/SC, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Disponível em: <
<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201502969665&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> >. Acesso em: 11 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 358539/SP, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, Disponível em: <
<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro>

&termo=201601495975&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea >. Acesso em: 17 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1250594/MG, Relator Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, Disponível em: <
<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201800368746&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> >. Acesso em: 20 mai. 2018.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral: volume 1.** – 4. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120).** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da. **Vade Mecum OAB e concursos.** 9. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

DELMANTO, Celso Delmanto et al. **Código Penal Comentado.** 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena.** Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de. **Direito Penal - parte geral.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I.** 19. ed. – Niterói: Impetus, 2017.

MARTINS, Flavio. **Curso de Direito Constitucional.** 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral – vol. 1.** 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Individualização da pena.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Crime nº 0002593-62.2016.8.16.0117, Relator: Desembargador Luís Carlos Xavier, Segunda Câmara Criminal. Disponível em: <

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000004933231/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0002593-62.2016.8.16.0117> >. Acesso em: 23 mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Crime nº 0010597-48.2014.8.16.0056, Relator: Desembargador Paulo Roberto Vasconcelos, Terceira Câmara Criminal. Disponível em: <
<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000004933231/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0010597-48.2014.8.16.0056> >. Acesso em: 23 mar. 2018.

PAULO, Vicente de; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROSSETO, Enio Luiz. **Teoria e aplicação da pena**. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática**. 8. ed., 2. tir. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

SILVA, Jorge Vicente. **Manual da sentença penal condenatória**. 1. ed. (ano 2003), 4. Tir. Curitiba. Juruá, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, Volume 1: Parte Geral**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.