

PERPETUIDADE DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS

MIRANDA, Vinicius Rafael.¹
SILVA JUNIOR, José Roberto Martins da.²

RESUMO:

O presente artigo tem por objetivo analisar os aspectos legais da aplicação dos maus antecedentes, buscando demonstrar controversas que a ausência de prazo legal para essa circunstância causa no nosso ordenamento jurídico. Após breve explanação sobre a conceituação dos princípios que contornam o assunto, é feita a apreciação dos efeitos da perpetuidade dos antecedentes criminais na vida daquele que já possui condenação transitado em julgado. Ademais, será ostentado as divergências entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Por fim, conclui-se que a serventia dos antecedentes vai depender do caso concreto e, portanto, sua aplicabilidade está associada a interpretação do sentenciante.

PALAVRAS-CHAVE: Perpetuidade, inconstitucionalidade, dosimetria.

PERPETUITY OF CRIMINAL BACKGROUND

ABSTRACT:

This article aims to analyze the legal aspects of the application of bad antecedents, seeking to demonstrate controversial that the absence of a legal term for this circumstance causes in our legal system. After a brief explanation of the conceptualization of the principles that go around the subject, the effects of the perpetuity of the criminal record on the life of the person who already has a final sentence are assessed. In addition, there will be differences between the Supreme Federal Court and the Superior Court of Justice. Finally, it is concluded that the usefulness of the antecedents will depend on the specific case and, therefore, its applicability is associated with the sentence senter's interpretation.

KEYWORDS: Perpetuity, unconstitutionality, dosimetry.

1 INTRODUÇÃO

Os antecedentes pode ser uma circunstância favorável ou desfavorável àquele que está na beira de uma condenação. Nesse momento, antes da sentença, o magistrado irá realizar o cálculo da pena que se desdobra em três fases, circunstâncias judiciais ou inominadas, circunstâncias atenuantes e agravantes, e por último, aumento e diminuição da pena. Mas o interesse deste trabalho está ligado à primeira fase do cálculo da pena, na circunstância dos antecedentes criminais, proveniente de condenações passadas, mas que gera sequelas permanentes. Os efeitos são imperecíveis pela inexistência de um período determinado para findar a repercussão da condenação antiga.

¹Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: vrmiranda@minha.fag.edu.br

² Docente orientador do curso de Direito do Centro Universitário Fag, e-mail: josejr@fag.edu.br

Perante o exposto, é incontestável a semelhança dos maus antecedentes com a pena perpétua, tendo em vista que ambas figuras possuem caráter eterno. Todavia, a correlação se limita nessa comparação, mas não amansa o debate sobre o assunto, visto que, embora o agente tenha cumprido sua dívida com a sociedade, haverá registros na sua ficha criminal que podem influenciar suas vontades e ações futuras. Nesse contexto, convém expressar que essa pessoa estará marcada por um delito que cometeu no passado, que o assombra no presente e o atormentará no futuro. Levando em consideração esse aspecto, recorda-se daquela situação em que os fazendeiros utilizam o ferrete para marcar seus animais e identificá-los quando estiverem perdidos. Será que essa é uma das finalidades da certidão criminal? Identificar aquele que não é primário e, portanto, obstado de exercer funções na segurança pública? Decorrente disso, não afetaria a paridade de tratamentos e, conseqüentemente, lesões ao artigo 5º da Constituição Federal? Ademais, o inciso XLVII, alínea b, do mesmo artigo, não estaria em conflito com a perpetuidade dos antecedentes criminais? Se uma condenação transitada em julgado de sentença penal condenatória pode ser utilizada para modificar a pena base, não estaria a pessoa sendo punida duas vezes pelo mesmo crime, entrando em colisão com o princípio *non bis in idem* previsto no Pacto de São José da Costa Rica?

Assim, após análise das circunstâncias dos antecedentes valorada negativamente, os princípios que circulam o assunto, bem como a distinção entre reincidência e maus antecedentes, e ao considerar possíveis contradições, estas devem ser esclarecidas. Para isso, será utilizado como base de desenvolvimento desse artigo as doutrinas e entendimentos do Supremo Tribunal Federal – STF e Superior Tribunal de Justiça – STJ, cujas divergências enriquecem o projeto. Por fim, outra fonte de pesquisa aproveitada foi a internet (exclusivamente artigos jurídicos).

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O Código Penal brasileiro adotou o critério trifásico de Nelson Hungria para fixação da pena, tal teoria consiste em três fases que são as circunstâncias judiciais/inominadas, circunstâncias atenuantes ou agravantes e causas de aumento e diminuição. A primeira fase são as circunstâncias judiciais, na qual o magistrado irá analisar 08 elementos: Culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias, consequências do crime e o comportamento da vítima. Após analisar, o juiz então irá dosar a pena base em 1/8, com fundamento nas circunstâncias que podem ser favoráveis ou desfavoráveis ao réu e, então, passará para as próximas fases. No entanto, esse artigo tem como destaque os antecedentes, circunstância analisada na primeira fase da dosimetria, elencada no artigo 59 do Código Penal.

Desse modo, a proporcionalidade das penas deve ser fiscalizada, a fim de que não ocorra uma injustiça, visto que quem possui o poder de punir o homem é o Estado. Dessa maneira, cabe ao poder Legislativo criar leis penais com a finalidade de punir o infrator com o mesmo tamanho da gravidade do seu delito, isto é, para que uma pena seja justa, deve ter apenas o grau de rigor, para desviar os homens do crime (BECCARIA, 2014).

Assim, a perpetuidade dos antecedentes criminais aparenta ser desproporcional pelo fato que não parece razoável, por exemplo, que quem pratica a conduta de furto de um veículo tenha que carregar esse fardo pelo resto de sua vida, visto que o infrator já cumpriu com sua pena. Dessa maneira, é essencial que as penas estejam em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio do *non bis in idem*.

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no Art. 1º, inciso III da Constituição Federal é de grande relevância para introduzir ao assunto tema, este princípio à luz de Estefam e Rios Gonçalves (2016) “é um princípio que embora não seja exclusiva do âmbito penal, tem grande relevância no ordenamento jurídico por sua elevada hierarquia e posição privilegiada” (2016, p. 139).

É importante deixar claro que a República federativa do Brasil tem esse princípio como um dos seus fundamentos, desse modo, o Estado deve respeitar os valores humanos, vedando-se reprimenda indigna, cruel, desumana ou degradante (CUNHA, 2016). Entretanto, quando o responsável pelo poder punitivo diz que o agente criminoso, após cumprir sua pena, deverá carregar consigo para o resto da sua vida os maus antecedentes, isto para que no caso de violação futura de uma norma legal, sua pena base seja elevada e, sofrendo, assim, novas sanções baseadas em condenações passadas. Isso se torna desproporcional e contradiz ao princípio da dignidade humana, possibilitando que seja violado o princípio do *non bis in idem*.

Em consonância com Cunha (2016), afirma Capez:

Qualquer construção típica cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana será materialmente inconstitucional, posto que atentatória ao próprio fundamento da existência de nosso Estado (CAPEZ, 2019, p. 78).

De mais a mais, convém recordar do princípio da proporcionalidade, que é derivada da norma jurídica ante exposta, na qual coloca em xeque a perpetuidade dos antecedentes criminais, princípio este que exige maior rigor para casos de maior gravidade e moderação para infrações menos graves, devendo a pena estar dissemelhante dos crimes de lesividade distintas, ou para infrações dolosas e culposas. Desse modo, o caráter perpétuo dos maus antecedentes gera seus

efeitos em delitos graves como os previstos na Lei 8.072/90 (crimes hediondos), como também, em infrações mais leves, como um simples furto. Assim, o efeito permanente dos maus antecedentes não é razoável, visto que aquele cometeu um delito mais leve sofrerá a mesma consequência de um crime ainda mais repugnante (CAPEZ, 2019).

Para Cunha (2016), o princípio da proporcionalidade é essencial para que a sanção penal cumpra a sua função, devendo ela ponderar a relevância do bem jurídico tutelado com as condições pessoais do agente.

2.2 Princípio do *Non bis in idem*

A figura do *Non bis in idem* consiste em que o delinquente não possa ser processado, condenado ou executado duas vezes pelo mesmo crime ou pelo mesmo fato (CUNHA, 2016), assim, o agente não pode sofrer mais de uma sanção pela prática do mesmo delito, ao passo que seria desproporcional o agente responder dois processos pelo mesmo crime. Esse princípio coloca limites ao Estado de modo que não permite que quem possui a capacidade de punir não possa abusar desse poder.

Do mesmo modo define Renato Brasileiro (2020) “Entende-se que duas ações penais são idênticas quando figura no polo passivo o mesmo acusado e quando o fato delituoso atribuído ao agente em ambos os processos criminais for idêntico”.

Ainda, exemplifica:

Para a 5ª Turma do STJ, o agente que, numa primeira ação penal, tiver sido condenado pela prática de crime de roubo contra uma instituição bancária não poderá ser, numa segunda ação penal, condenado por crime de roubo supostamente cometido contra o gerente do banco no mesmo contexto fático considerado na primeira ação penal, ainda que a conduta referente a este suposto roubo contra o gerente não tenha sido sequer levada ao conhecimento do juízo da primeira ação penal, vindo à tona somente no segundo processo (BRASILEIRO, 2020, p. 321).

Nessa toada, traçando esse paralelo acerca das duas opiniões que se coadunam, a circunstância dos antecedentes que consta no Art. 59 do código penal não viola o *princípio do non bis in idem*, porque não se trata de um processo novo com o mesmo agente e fato criminoso.

Além disso, convém ressaltar a súmula 241 do STJ que em sua redação deixa nítido a impossibilidade da aplicação da reincidência cumulada com os antecedentes criminais referente à mesma condenação, visto que essa sentença seria utilizada duas vezes na dosimetria da pena, ferindo o princípio em destaque.

Sequencialmente, como não se pode utilizar os dois institutos na mesma condenação, deve ser empregada a função da reincidência (CAPEZ, 2019).

2.3 Princípio da Individualização da Pena

Não menos importante, o princípio da individualização da pena está previsto no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal, essa norma é essencial para que no processo as fases do cálculo da pena sejam individualizadas, na primeira fase serão analisadas somente as circunstâncias judiciais, na segunda somente as circunstâncias agravantes e atenuantes e na terceira fase as causas de aumento e diminuição da pena. Contudo, essas etapas devem ser respeitadas pelo juiz, sob pena de infringir o princípio constitucional (CAPEZ, 2019).

Tecendo comentários acerca da matéria Renato Brasileiro aponta:

Se é verdade que o legislador confere ao juiz certa discricionariedade por ocasião da individualização da pena na sentença condenatória, também é verdade que todas as operações realizadas na dosimetria da pena devem ser devidamente fundamentadas, apontando o magistrado como valorou cada uma das circunstâncias analisadas, desenvolvendo um raciocínio lógico e coerente que permita às partes e à própria sociedade entender os critérios utilizados nessa valoração, evitando-se, assim, quaisquer arbitrariedades (BRASILEIRO, 2020, p. 1621).

Desse modo, o autor pondera que todos os atos realizados pelo juiz na dosimetria da pena, inclusive a valoração das circunstâncias inominadas, devem ser transparentes para que todos entendam os critérios adotados pelo magistrado. No mesmo ritmo, Rodrigo Roig (2018) compreende que embora as infrações sejam semelhantes, cada infrator deve receber pena dissemelhante, visto que cada um possui seu próprio histórico pessoal. Vale ressaltar que os antecedentes criminais são baseados no histórico pessoal do agente e, portanto, não pode o juiz valorar essa circunstância usando critérios de outra demanda, com situações fáticas parecidas, pelo motivo de se tratar de pessoas distintas.

2.4 Diferença entre Reincidência e Maus Antecedentes

De uma forma resumida, a diferença entre Reincidência e Maus antecedentes se dá porque o a Reincidência está presente na segunda fase da aplicação da pena, sendo ela uma agravante e, portanto, mais onerosa que os Maus antecedentes, que é uma circunstância judicial analisada na primeira fase. A Reincidência é mais gravosa pelo fato desta influenciar no cálculo da pena, tomando um aumento da pena-base em 1/6, enquanto os maus antecedentes são uma circunstância

judicial utilizada para fixar a pena base, podendo gerar a exasperação da pena-base em 1/8 (CAPEZ, 2019).

Outra distinção é que a reincidência possui prazo depurador, caso o agente não cometa algum delito no momento em que ele esteja preso, ou no prazo de 5 anos desde a extinção da sua pena, estará livre dos efeitos desse instituto, nos termos do artigo 64, inciso I, do Código Penal. Já os antecedentes criminais, não possuem prazos e perduram no tempo - sem limite de tempo para sua expiração - ou seja, prescrita a reincidência, os maus antecedentes ainda terão efeitos (CAPEZ, 2019).

Da mesma forma pensa Nucci (2017), que reforça os fundamentos do porquê ambos institutos não se confundem, frisando que a reincidência gera vários gravames, aumentando a pena na segunda fase do cálculo, podendo ter elevação de um sexto ou mais. E os antecedentes não caducam pelo fato de só interferirem na pena-base, ainda dependendo do critério do juiz.

Cunha (2013, pág. 422) demonstra sua posição por meio de quadro sinótico, sintetizando as principais diferenças entre reincidência e maus antecedentes.

Tabela 01 - Diferenças entre Reincidência e Maus antecedentes.

Se a pessoa é condenada definitivamente por	E depois da condenação definitiva pratica novo(a)	Qual será a consequência?
Crime (no Brasil ou exterior)	Crime	Reincidência
Crime (no Brasil ou exterior)	Contravenção (no Brasil)	Reincidência
Contravenção (no Brasil)	Contravenção (no Brasil)	Reincidência
Contravenção (no Brasil)	Crime	NÃO há reincidência. Foi uma falha da lei. Mas gera maus antecedentes.
Contravenção	Crime	NÃO há reincidência. Contravenção no estrangeiro

(no estrangeiro)	Ou Contravenção	não influi aqui.
------------------	------------------------	------------------

FONTE: CUNHA (2013).

2.1.5 Da Aplicação dos Maus Antecedentes

A priori, convém demonstrar o artigo 68 do CP, que expõe como será a sequência das fases do critério trifásico, de Nelson Hungria:

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 (BRASIL, 1940).

As circunstâncias presentes no art. 59 do Código Penal possuem naturezas objetivas, ou reais e subjetivas, e pessoais. Os maus antecedentes pertencem à essa última, de modo que essa natureza está ligada ao agente, e não ao fato em si, portanto, trata-se de uma análise não só dos antecedentes, mas também da personalidade do agente, sua conduta social e os motivos que o levaram a cometer o delito. A aplicabilidade das naturezas é judicial, que são aquelas que não estão elencadas em lei, ficando, assim, a critério do magistrado analisá-las livremente (CAPEZ, 2019).

A aplicação dos antecedentes criminais funciona da seguinte forma: após ocorrer o trânsito em julgado de sentença penal condenatória e já ter esgotado o prazo depurador da reincidência, o agente carregará consigo um registro de maus antecedentes e caso ele venha cometer um crime novamente, o agente terá uma circunstância desfavorável na pena base, tendo a pena superior ao do mínimo legal (BITENCOURT, 2019).

No mesmo sentido, porém com ressalvas, Fernando Capez afirma:

Importante lembrar que, antes de iniciar a aplicação da pena, o juiz deve verificar se existe ou não qualificadora, a fim de saber dentro de quais limites procederá à dosimetria (se o homicídio for simples, a pena será fixada entre um mínimo de 6 e um máximo de 20 anos, mas, se estiver presente a qualificadora, a dosagem dar-se-á entre 12 e 30 anos). Assim, antes de dar início à primeira fase, o juiz deve verificar se o crime é simples ou qualificado (CAPEZ, 2019, p. 798).

A perpetuidade dos antecedentes criminais garante ao infrator uma cruz pesada, que terá que carregar consigo toda a vida, um fardo cruel para quem já cumpriu a sua dívida com a sociedade,

pois, o poder punitivo deveria aliviar essa carga sobre o agente e não permitir uma sanção perene ao homem.

Vale lembrar também da súmula 444 do STJ, que proíbe a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena base do agente criminoso, assim, quando a pessoa está respondendo por um delito passado e ainda não ocorreu o trânsito em julgado, esse processo não poderá ser utilizado na pena-base.

2.1.6 Das consequências das Circunstâncias Judiciais

As circunstâncias judiciais, quando desfavoráveis ao réu, podem ser prejudiciais na sua vida quando o regime de pena é decidido e, dessa maneira, cabe ressaltar o regime inicial da pena, com fulcro no artigo 59, inciso III do Código Penal – CP. O magistrado, ao avaliar a culpabilidade aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, poderá estabelecer o regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade, medida mais rígida possível. Não somente, poderá também o juiz conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, como prevê a redação do artigo 44, também do CP, no entanto, no seu inciso III, também deverão ser avaliadas as circunstâncias inominadas. Desse modo, os antecedentes criminais, embora seja uma das oito influências na contagem das circunstâncias, somam para um regime inicial mais rígido.

O agente que possui registros de antecedentes criminais não pode realizar alguns concursos públicos, ou seja, os maus antecedentes também influenciam na vida social do cidadão que já pagou por seus erros. Recentemente, no item 5.1, alínea “h” do edital divulgado no site do Núcleo de Concurso da Universidade Federal do Paraná (2020), para cargos na Polícia Civil, exigiu-se como requisito que o candidato não tenha registros criminais.

2.1.7 Das divergências sobre o Caráter Perpétuo dos Maus Antecedentes

As penas com caráter perpétuo no Brasil são proibidas pela Constituição Federal (CF), como relata no seu artigo Art. 5º, inciso XLVII, *alínea b*, que não haverá sanções de cunho permanente, sendo consideradas cláusulas pétreas, não sendo passíveis de sofrer alterações.

Diante do exposto, nota-se que a CF abomina as penas perpétuas por considerá-las desproporcionais a qualquer delito que o infrator possa cometer. Entretanto, o Código Penal (CP) se posiciona em sentido contrário ao entender que os maus antecedentes são perpétuos e devem ser aplicados para agravar a pena base do agente, como descreve em seu artigo 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 (BRASIL, 1940).

Esta temática, que causa divergências entre magistrados e estudiosos do direito, e em sentido contrário ao Código Penal Brasileiro, o atual presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) Dias Toffoli se posiciona contrário ao efeito permanente dessa circunstância:

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. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS Nº 119.200 – PARANÁ. Relator: Min. Dias Toffoli. Data de Julgamento: 11/02/2014. 1ª Turma. Data de Publicação: Publicado no DJE em 12/03/2014).

O ministro, ao fundamentar seu voto, baseou-se no direito ao esquecimento que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, na qual após arcar com as consequências, o agente deveria voltar ao *status* anterior e não possuir registros na sua folha de antecedentes criminais, pois o homem que já pagou por seus erros não poderá sofrer efeitos deles novamente.

Entretanto, Bitencourt (2019), ao comentar sobre a temporariedade dos efeitos da reincidência, afirma:

Apesar de desaparecer a condição de reincidente, o agente não readquire a condição de primário, que é como um estado de virgem, que, violado, não se refaz. A reincidência é como o pecado original: desaparece, mas deixa sua mancha, servindo, por exemplo, como antecedente criminal (art. 59, caput). (BITENCOURT, 2019, p. 419)

No entendimento do estudioso, o agente é como uma virgem, ou seja, o agente que tem contato com o crime, aquele que foi condenado por delitos, esse perdeu o estado puro de ser humano, ele não pode voltar ao *status* anterior e não readquire a condição de primário, sempre estará atrelado ao Estado. Após passar um lapso temporal de 50 anos da condenação passada e o mesmo praticar uma conduta ilícita, os antecedentes criminais estarão lá para agravar sua pena base. Essa é a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Desse modo, é nítida a distinção adotada pelos tribunais, ao passo que o STJ entende que os antecedentes criminais possuem caráter perpétuo:

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 240.022 – SP. Relator: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Data de julgamento: 11/03/2014. 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça).

A Ministra Maria Thereza de Assis Moura fundamentou seu voto com jurisprudências, arguindo também que esse é o entendimento pacificado no Tribunal. Salientou que, embora não desconheça o conteúdo da decisão do HC 119.200/PR de relatoria do Ministro Dias Toffoli, o tema não estava pacificado naquela Corte. Os demais ministros acompanharam o voto da relatora.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 357.043 – SP. Relator: MINISTRO RIBEIRO DANTAS. Data de julgamento: 09/08/2016. 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça).

Nesse Habeas Corpus, a impetrante usou como uma das suas alegações que a valoração de condenações transitadas e julgadas na década de 1980 e em 1996 não deveriam ter produzido nenhum efeito na dosimetria da pena, visto que as penas não têm caráter perpétuo. Entretanto, o Ministro relator, ao apresentar seu voto, ressaltou que o Código Penal adotou o sistema de perpetuidade no que tange aos maus antecedentes e que o legislador não limitou temporalmente a sua configuração, além do mais, asseverou jurisprudências com temas similar, inclusive ao Habeas Corpus anterior.

Enquanto o STF possui o entendimento de que os maus antecedentes têm caráter temporário:

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS Nº 119.200 – PARANÁ. Relator: Min. Dias Toffoli. Data de Julgamento: 11/02/2014. 1ª Turma. Data de Publicação: Publicado no DJE em 12/03/2014).
(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS Nº 126.315 – SÃO PAULO. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 15/09/2015. 2ª Turma. Data de Publicação: Publicado no DJE em 07/12/2015).

Nesse último HC, o Ministro Gilmar Mendes alegou em seu voto que os efeitos das condenações passadas em um lapso temporal superior a 5 anos não possuem fundamentos na legislação, e quando os efeitos são aplicados, tornam-se uma analogia para piorar a situação do réu, o que não pode acontecer, sendo proibida essa aplicação de analogia em nosso ordenamento jurídico. Além do mais, o nobre relator também baseou seu voto no “direito ao esquecimento” ou

“direito de ser deixado em paz”, assim, quando o agente cumprir sua pena, ele já terá pago o seu débito com o Estado e a sua dívida com a sociedade, pena essa a ser esquecida.

Os Habeas Corpus (HC) já expostos clarearam a diferença de convicções entre os órgãos superiores, ao passo que o STJ segue rigidamente a redação do Código Penal e o STF apresenta ideias flexíveis. Contudo, há um HC no supremo que causou um debate entre os ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes:

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS Nº 135.400 – SÃO PAULO. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 06/06/2017. 1ª Turma. Data de Publicação: Publicado no DJE em 05/09/2017).

Na decisão, o Ministro Marco Aurélio, ao apresentar os motivos do seu voto, citou o HC 76.665/SP de 1998 em que também foi relator. Neste, o ministro fundamentou que o transcurso de 5 anos previsto no art. 64, I do Código Penal não alcançava o art. 59 da mesma Lei. Todavia, o ministro, ao reexaminar o tema 19 anos depois, concluiu de forma diversa no HC de 2017 — nessa última ele estende o entendimento do art. 64, I ao artigo 59 — a justificativa de que seria incongruente a superação da condenação anterior para efeitos da reincidência após os 5 anos, mas sendo considerado circunstância negativa. Ao deferir que fosse afastada a valoração da negativa dos maus antecedentes, o Ministro Alexandre de Moraes reagiu, manifestando-se em posição contrária ao relator e ostentou sua visão arguindo a impossibilidade de unificarem as duas hipóteses que possuem consequências diversas. Após esse rápido lampejo, afirmou o então Ministro relator: “Então, a pessoa terá maus antecedentes pelo resto da vida!” (pág. 8).

Ademais, o Min. Alexandre de Moraes explanou sobre a diferença dos institutos, fazendo resguardas a respeito de não entrar no mérito da perpetuidade dos antecedentes, mas que havendo reiteração delitiva, a depender do caso concreto, o juiz poderá avaliar essa condenação passada que se encaixa no conceito de mau antecedente, além do mais, fez referências à jurisprudência e denega a ordem de Habeas Corpus.

2.1.8 Direito ao Esquecimento

Os ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, ao fundamentarem seus votos, basearam-se no direito ao esquecimento para que os maus antecedentes não perpetuem no tempo. Mendes ainda salienta que se trata de uma analogia para piorar a situação do réu, ao passo que as sequelas das

condenações passadas com lapso temporal superior a 5 anos não são encontradas em nossa legislação. Porém, o direito ao esquecimento também não é previsto em nossa legislação.

O processo que tem por objeto este tema estava na pauta de julgamentos do Supremo Tribunal Federal para o dia 30/09/2020, porém não foi apreciado por andamentos de outros processos que são anteriores a este, não se definindo uma nova data para o julgamento deste processo. O direito ao esquecimento não possui conceito definido, o que fomenta ainda mais a discussão sobre o assunto nas instâncias inferiores. O litígio original é a liberdade de expressão e informação contra o direito à honra, intimidade, privacidade e ressocialização. No Brasil, o primeiro caso concreto a chegar no STF foi a de Aída Jacob Curi. No dia 14/07/1958, na Cidade e Estado do Rio de Janeiro, Aída, com 19 anos de idade, conheceu Ronaldo Guilherme de Souza Castro, em Copacabana. Nesse mesmo dia, Aída foi espancada e estuprada por Ronaldo e dois amigos, quando a vítima desmaiou, os delinquentes a jogaram do terraço do prédio, onde aconteceu o crime com a finalidade de simular um suicídio.

Com o passar dos anos, em 2004, o programa Linha Direta Justiça adaptou esse caso nas telas da TV Globo. A família da vítima ficou constrangida com a emissora que dramatizou a brutalidade dos eventos, lhes fazendo relembrar, com detalhes, a morte de Aída. Assim, os parentes recorreram à justiça requerendo indenização pelo crime ter sido exposto em rede nacional e por relembrar a tragédia.

Taís Gasparian, representante da Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo – ABRAJI, ao comentar sobre a ação em matéria publicada pelo JOTA, salientou que o direito ao esquecimento foi uma tese oportunista dos advogados da família de Aída, tendo vista que argumento surgiu na fase final dos autos, nas alegações finais. De mais a mais, afirmou: “Isso já me faz pensar que essa questão do direito ao esquecimento é amplamente oportunista neste processo. Se tivessem pago um valor, não teria esse pedido” (JOTA, 2020).

A advogada atua como *amicus curiae* nesse processo e não tem acesso às imagens do episódio, diante disso, afirma que não se trata de direito ao esquecimento e sim um impedimento de falar sobre a vítima, configurando então censura prévia, configurando preceitos constitucionais.

Ao analisar a figura do direito ao esquecimento, Luiz Fernando Moncau destaca que esse instituto no Brasil possui elementos que não especificam exatamente o seu conceito, tornando uma confusão. Para o pesquisador, a confusão se dá pela pluralidade de ideias a respeito do tema, por uns entenderem ser habeas data, outros banco de dados, negativos, Código de Defesa do Consumidor e ressocialização, ou seja, a falta de conceito sobre o tema permite várias interpretações. Ademais, o autor ressalta que a informação é um pressuposto essencial para o debate, devendo esta ter sido afetada pelo tempo, não sendo episódio recente e não sendo uma

informação ilícita, e assim, partindo dessa premissa seria afastada todos elementos que amplia sua definição. Para concluir, Luiz Fernando Moncau³ acentua “Assim, afasta-se outras coisas que são chamadas de direito ao esquecimento e não o são, como maus antecedentes, prescrição” (JOTA, 2020).

Apesar do Recurso Extraordinário (RE) 1010606 que trata sobre a aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil, em especial quando esse for invocado pela própria vítima ou por seus familiares ser liberada para julgamento, a data não foi definida.

2.1.9 Recurso Extraordinário 593.818

O Recurso Extraordinário (RE) 593.818, interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina (MP-SC) contra decisão do Tribunal de Justiça estadual (TJ-SC), protocolado no dia 07 de outubro de 2008, iniciando o julgamento no mês de agosto de 2019 e sendo julgado seu mérito com repercussão geral no dia 18 de agosto de 2020, tendo como relator o Ministro Roberto Barroso, tendo como objeto da discussão se as condenações anteriores, cujas penas tenham sido cumpridas ou extintas há mais de cinco anos, podiam ser consideradas como maus antecedentes para fixação da pena-base em novo processo criminal.

Como já exposto, trata-se de um debate antigo e com interpretações variáveis. Desse recurso esperava-se um entendimento uniforme do tribunal, afim de jogar uma pá de cal e alcançar uma solução para o conflito.

Antes do julgamento, os maus antecedentes não caducavam, não possuíam prazo para sua prescrição e, portanto, tinham caráter perpétuo, ficando a critério dos juízes a valoração dessa circunstância. Assim, diante de casos semelhantes, dependendo do local e até mesmo do representante da justiça, os antecedentes poderiam ter valor positivo ou negativo. Esse critério, era um tanto quanto confuso, uma vez que era um mistério quem avaliava essa figura, dado que o magistrado apreciava esse instituto com base na sua convicção, relaxado de qualquer pressuposto jurídico.

Com o julgamento do recurso extraordinário, foi definido por maioria no tribunal que o prazo quinquenal da reincidência não se aplica aos maus antecedentes, pois esse não é utilizado para

³ Luiz Fernando Marrey Moncau é fellow no Center for Internet and Society da Stanford Law School, onde também foi pesquisador. Foi coordenador do Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS), da FGV DIREITO RIO. Formado pela PUC-SP, mestre e doutorando em Direito Constitucional pela PUC-Rio. Co-autor das pesquisas “O Estado Brasileiro e a Transparência” e “Avaliação de Transparência do Ministério Público” e autor do livro Liberdade de Expressão e Direitos Autorais, publicado em 2015 pela Elsevier.

formação da culpa, mas para subsidiar a discricionariedade do julgador na fase de dosimetria da pena, quando já houve condenação. Assevera o ministro relator “não são uma pecha que acompanha e prejudica a vida do agente, a menos que ele, voltando a delinquir, venha a ser efetivamente condenado pela nova prática delituosa”. Mas vale recordar da impossibilidade desta pessoa exercer o cargo de público, como na hipótese descrita no último parágrafo do item 2.1.6. Diante ao exposto, o entendimento consolida que o juiz está livre de restrições para valorar os antecedentes, mas Barroso destaca que quando fazê-lo, deverá fundamentar as razões para que tal medida seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

A tese elaborada por Luís Roberto Barroso foi acompanhada pelos ministros Alexandre de Moraes, Luiz Edson Fachin, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Luiz Fux.

Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Gilmar Mendes foram os ministros que se posicionaram contrários à decisão, o primeiro destacou que a Constituição Federal veda expressamente que sanções tenham caráter perpétuo. E por isso, os maus antecedentes deveriam ter prazo quinquenal. Esse argumento vai na mesma linha de raciocínio com os demais antagonistas.

O decano, ministro Celso de Mello não participou deste julgamento.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do estudo foi possível definir os antecedentes, identificando suas peculiaridades contestáveis, se concluindo que trata-se de uma repreensão perpétua imposta pelo Estado, por ausência de redação limitadora para aplicabilidade dessa medida. Além disso, o estudo apresentou a diferença da reincidência e dos maus antecedentes, demonstrando como os antecedentes afetam a vida social do agente, dando ênfase na restrição de propositura em cargo na segurança pública. O artigo também explanou sobre a aplicabilidade dos antecedentes criminais e, por fim, comprovou o litígio existente.

Conclui-se que a aplicação dos maus antecedentes não ataca o princípio do *non bis in idem*, e para que esse choque aconteça se faz necessário um processo novo, com as mesmas partes e fato criminoso, requisitos estes não cumpridos pelos maus antecedentes, que embora interfira na pena-base, não possui força suficiente para produzir uma sensação de condenações múltiplas.

Acerca do direito ao esquecimento, utilizado como fundamento por ministros para basearem seus votos contra o caráter perpétuo dos antecedentes criminais, não é previsto em nossa legislação. As discussões sobre este assunto são associadas à liberdade de expressão e informação, havendo conflito com o tema deste artigo de forma indireta, ao passo que o recurso extraordinário 1010606 se refere à responsabilidade civil e, por falta de um conceito preponderante do direito ao

esquecimento, esse instituto é citado e interpretado como o que melhor satisfaz quem faz seu uso. Assim, é necessário definir a ideia de direito ao esquecimento para saber o seu alcance no ordenamento jurídico.

No tocante à perpetuidade dos maus antecedentes, conforme maioria das doutrinas, jurisprudências e o entendimento recursal, estas eram perenes, as divergências sobre o assunto só estimulavam a insegurança jurídica, nota-se que anterior ao recurso extraordinário 593.818 a valoração dos maus antecedentes era uma incógnita, era uma *circunstancial charada*⁴: o que é, o que é? Seu caráter é proibido pela Constituição, mas é possível sua aplicação. A Constituição possui como pressuposto o valor humano, mas é o juiz que vai valorar a circunstância com base nas próprias convicções.

Posteriormente, com novo entendimento através do recurso, a *circunstancial charada* continua, porém com dicas para facilitar o jogo.

O RE 593.818 surgiu para minimizar a discussão sobre a perpetuidade dos antecedentes criminais e não para padronizar um prognóstico para solução do debate, não uniformizou uma ideia a ser seguida pelos magistrados para sua aplicação. Embora pacifique no âmbito do Supremo, os tribunais de instâncias inferiores possuem autonomia para sua valoração, portanto, no que pese esse instituto, a decisão do Supremo mudará pouco a sua perspectiva, uma vez que os juízes irão aplicar a medida de forma arbitrária, gerando diversas interpretações e mantendo a insegurança jurídica.

⁴ O termo “circunstancial charada” se dá porque a CF veda sanção perpétua, e os maus antecedentes têm caráter perpétuo. O recurso permite que os juízes podem aplicá-la ou não, com base em suas convicções e em decorrência disso ninguém sabe o que pode acontecer. A pessoa vai a julgamento sem saber se vai ter seus maus antecedentes valorados positivamente ou não pelo juiz. É uma charada porque a Constituição dá pistas sobre não ser permitido, mas o STF entende que é permitido, porém deixa a critério dos juízes de primeiro grau decidir. É um enigma saber o que vai acontecer antes do julgamento. Por exemplo, se há dois juízes na mesma comarca e os dois venham a julgar um crime diferente, com partes diferentes, porém, os fatos são iguais, um juiz pode valorar positivamente o maus antecedentes e outro não, com base nas próprias convicções.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 07 abr. 2020.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CONJUR. **Pena extinta há mais de 5 anos não serve para majoração**. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-fev-12/pena-extinta-anos-nao-serve-majoracao-decide-toffoli>. Acesso em: 16 abr. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DIZER O DIREITO. **INFORMATIVO esquematizado 799 do STF**. 2015. Disponível em: https://www.dizerodireito.com.br/2015/10/informativo-esquematizado-799-stf_7.html. Acesso em: 16 abr. 2020.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado®: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

JOTA. **STF julga na próxima semana se existe o direito ao esquecimento no Brasil**. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/stf-julga-na-proxima-semana-se-existe-o-direito-ao-esquecimento-no-brasil-24092020>. Acesso em: 25 set. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal**: teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

UFPR: NÚCLEO DE CONCURSO. **Edital N° 002.2020 – Polícia Civil do Estado do Paraná. 2020.**
Disponível em: <http://portal.nc.ufpr.br/PortalNC/PublicacaoDocumento?pub=2247>. Acesso em 25 abr. 2020.