UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

GÉLLYDA JENNYFER FERREIRA LIMA

OS MAUS ANTECEDENTES E A DECISÃO DO STF NO RE N° 593.818/SC: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA VEDAÇÃO ÀS PENAS DE CARÁTER PERPÉTUO

SOUSA-PB

2022

GÉLLYDA JENNYFER FERREIRA LIMA

OS MAUS ANTECEDENTES E A DECISÃO DO STF NO RE N° 593.818/SC: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA VEDAÇÃO ÀS PENAS DE CARÁTER PERPÉTUO

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Profª. Me. Renata Maria Brasileiro Sobral Soares

SOUSA-PB

2022

L732m Lima, Géllyda Jennyfer Ferreira.

Os maus antecedentes e a decisão do STF no RE n° 593.818/SC: uma análise sob a ótica do princípio da legalidade e da vedação às penas de caráter perpétuo / Géllyda Jennyfer Ferreira Lima. – Sousa, 2022.

87 f.

Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Campina Grande, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2022.

"Orientação: Profa. Ma. Renata Maria Brasileiro Sobral Soares".

Referências.

1. Direito Penal. 2. Maus Antecedentes. 3. Recurso Extraordinário. 4. Legalidade Penal. 5. Vedação às Penas de Caráter Perpétuo. I. Soares, Renata Maria Brasileiro Sobral. II. Título.

CDU 343(043)

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECÁRIA SEVERINA SUELI DA SILVA OLIVEIRA CRB-15/225

GÉLLYDA JENNYFER FERREIRA LIMA

OS MAUS ANTECEDENTES E A DECISÃO DO STF NO RE n° 593.818/SC: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA VEDAÇÃO ÀS PENAS DE CARÁTER PERPÉTUO

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Data de aprovação: 29/08/2022

Banca examinadora:

_____

Profª. Ma**.** Renata Maria Brasileiro Sobral Soares

Orientadora

_____

Prof. Me. Leonardo Figueiredo de Oliveira

Examinador 1

_____

Profª. Ma. Luiza Catarina Sobreira de Souza

Examinador 2

AGRADECIMENTOS

Há alguns anos, talvez, esse primeiro parágrafo não seria dedicado a ELE, provavelmente haveria em seu lugar uma dedicatória ao tempo ou ao destino. Contudo, por meios incompreensíveis a minha condição de humana, ELE me permitiu sair do escuro e ver a luz que resplandece ao estar em sua presença e em sua palavra. A Deus, fonte inesgotável de misericórdia e esperança, por receber de volta a sua filha pródiga, dedico minha vida, esse trabalho e toda a minha trajetória até aqui.

Aos meus pais, Geraldo e Lidiane, que, da sua maneira, apoiaram-me na longa jornada que me levou a esse momento. Especialmente a minha mãe, que foi minha primeira professora e que caminhava quilômetros para compartilhar o seu conhecimento comigo e com tantas outras crianças. Especialmente ao meu pai, que aprendeu aos poucos e ao seu tempo, o valor imensurável que tem a educação em minha vida. Tudo isso é para e por vocês.

Aos meus avós maternos, Maria de Lourdes e Emilson Paixão, que durante toda a minha existência me criaram como filha e não mediram passos, dinheiro ou esforços para me proporcionar a melhor vida e a melhor e educação que puderam. Sou vocês. E aos meus avós paternos, Soledade e Assis, *in memoriam*, que a passagem do tempo me permita superar a dor de perder o olhar de vocês sobre mim. Sei que estão muito felizes pelas minhas conquistas.

As minhas irmãs, Gémyle e Gabriely que fazem o exercício de ser irmã mais velha extremamente cansativo, mas engrandecedor. Espero que esse pequeno passo sirva como mais um exemplo em suas vidas e percebam que mesmo com tão pouco, podemos fazer muito através do esforço e das oportunidades que nos são dadas. Apesar de querer me livrar de vocês constantemente, amo-lhes.

Aos meus tios, Fábio e Adriana, pela indescritível capacidade de acreditarem em mim e por serem exemplos de perseverança, simplicidade e paciência. Vocês são os fundamentos da minha vida. E também por me presentearem com lampejos de esperança nesse mundo cruel e belo, meus primos: ao teimoso e inteligente Lucas; ao tímido e carinhoso Lúcio; ao pequeno e apressado Nícolas e a bela e inesquecível Ana Lis, *in memoriam*.

Aos meus padrinhos, Valdelice e José que são tão presentes em minha vida. Especialmente a minha madrinha e tia, transmito meu olhar agradecido por você ter sido apoio para tantos outros jovens sonhadores como eu; e por cuidar de Rita Ferreira de Andrade, inabalável alicerce de nossa família, minha bisavô. A ela todo o meu amor e agradecimento pelas bênçãos as quais sei que me destina aí de cima, *in memoriam.*

A Nádia, minha amiga em todos os momentos da graduação e fora também. Pelo companheirismo em provas e trabalhos, por dividir comigo a tarefa inesquecível de fazer o almoço aos sábados, pelas saídas ao centro para tomar sorvete para comemorar o simples, mas o essencial em nossas vidas. O fim da graduação, que parece mais próximo com esse trabalho, não seria possível sem seu apoio e sem os seus exemplos de perseverança, humildade e fé.

As minhas amigas e companheiras do quarto 13, Paula e Naidiany, por toda a paciência e carinho que tiveram comigo nos anos em que dividimos também histórias, comida, oração e muitas risadas. Esse final só é possível porque encontrei em vocês motivos para enxergar a vida muito mais bonita.

As minhas amigas, heranças do IFRN, Lauana, Yara e Letícia, por todo o tempo e apoio que vocês me cederam ao longo desse percurso, do começo ao fim, mesmo a quilômetros de distância. Por estarem presentes nos dias mais nebulosos, por dividirem comigo as alegrias e tristezas de ser universitária e adulta, por me arrancarem do automático para me mostrar que o mundo é maior que alguns problemas.

Aos companheiros da residência universitária da UFCG, a quem cito, especialmente: André Amanda, Aparecida, Jennifer, Damiana, Glória, Well, Maíra, Marcela, Alane, Alia, Clara, Mayara, Tayla. Agradeço por cada troca, apoio, festa, fofoca, comida, risadas e lamentações. Também por tornarem mais fácil e divertido, em alguns momentos, o convívio coletivo.

Ao professor Leonardo Figueiredo, por confiar em mim a elaboração desse trabalho, pela compreensão e pelas inestimáveis contribuições não só aqui, mas durante toda a minha jornada de aluna e monitora de direito penal. Pelo cuidado em desempenhar um papel tão importante que é ser professor. Agradeço por não se furtar de se importar com seus alunos universitários, mesmo que eles sejam “crescidos”.

A professora Renata Sobral, pela confiança e pela gentileza em aceitar fazer parte do final de uma jornada inesquecível.

A todos os professores e funcionários da UFCG que fazem a instituição acontecer, em especial àqueles que trabalham com a assistência social. Por toda paciência e zelo com que tratam os residentes universitários. Pelos ouvidos para ouvir as reclamações e pela excelente comida que fez com que eu me sentisse mais em uma casa.

Aos que contribuíram para o fechamento desse ciclo. Um dia um professor me disse uma frase de Gonzaguinha: “A gente é tanta gente onde quer que a gente vá”. Acrescento o resto da letra para nunca ser esquecido: “[...] e aprendi que se depende sempre de tanta, muita, diferente gente. Toda pessoa sempre é as marcas das lições diárias de outras tantas pessoas”.

[...] Não me peça que eu lhe faça uma canção como se deve: correta, branca, suave, muito limpa, muito leve. Sons, palavras, são navalhas e eu não posso cantar como convém, sem querer ferir ninguém.
Mas não se preocupe, meu amigo, com os horrores que eu lhe digo, isso é somente uma canção. A vida realmente é diferente, quer dizer, ao vivo é muito pior.

Apenas um rapaz latino americano
Belchior, 1976

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART- Artigo

CF- Constituição Federal

CP- Código penal

CPP- Código de processo penal

HC- *Habeas Corpus*

LEP- Lei de execuções penais

LINDB- Lei de Introdução às normas do direito brasileiro

Min- Ministro

N°- número

RE- Recurso extraordinário

STF- Supremo Tribunal Federal

STJ- Superior Tribunal de Justiça

TJSC- Tribunal de Justiça de Santa Catarina

RESUMO

O direito penal encontra seus limites em vários princípios expressos na Constituição Federal, dentre esses, encontra-se o princípio da legalidade e a garantia da não perpetuidade das penas. Nesse contexto, o instituto dos maus antecedentes, expresso no artigo 59 do código penal, como circunstância judicial, também deve observância as barreiras ao poder de punir do Estado, elencadas pela carta constitucional brasileira. Todavia, esse instituto não foi definido pelo legislador ao elaborar o código penal de 1940, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência pátria a limitação e adequação do instituto em conformidade com as exigências de um Estado democrático de direito. No ano de 2020, o Supremo Tribunal Federal, com objetivo de pôr fim a uma das controvérsias existentes acerca dos maus antecedentes, fixou a seguinte tese com repercussão geral: "Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal". Em que pese a decisão, o plenário divergiu sobre o tema e o voto dos ministros vencidos apontaram possíveis violações ao princípio da legalidade e a garantia da não perpetuidade das penas. Deste modo, tendo em vista os controvertidos entendimentos sobre o tema dos maus antecedentes e período depurador e atentando-se para a necessidade de analisar a decisão judicial que entendeu pela inaplicabilidade de lastro temporal para o instituto, o presente trabalho visou responder o seguinte questionamento: a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE n° 593.818/SC extrapola os limites do poder punitivo estatal em face dos princípios legalidade e da vedação as penas de caráter perpétuo? Com objetivo de responder ao questionamento, utilizou-se do técnica exploratória, do método hipotético-dedutivo e da pesquisa bibliográfica e documental, com ênfase para utilização da jurisprudência. A conclusão da pesquisa apontou para a extrapolação dos limites do poder punitivo estatal no que tange a legalidade penal e a vedação as penas de caráter perpétuo. Entendeu-se pela necessidade de fixação de lastro temporal para o instituto, a fim de evitar arbítrios na aplicação dos maus antecedentes e com vistas em não incorrer em retrocessos quanto às garantias penais historicamente conquistadas.

Palavras-chave: Maus antecedentes. Recurso extraordinário. Legalidade penal. Vedação às penas de caráter perpétuo. Direito penal.

ABSTRACT

Criminal law finds its limits in several principles expressed in the Federal Constitution, among these, there is the principle of legality and the guarantee of non-perpetuity of sentences. In this context, the institute of bad antecedents, expressed in article 59 of the penal code, as a judicial circumstance, must also observe the barriers to the State's power to punish, listed by the Brazilian constitutional charter. However, this institute was not defined by the legislator when elaborating the penal code of 1940, leaving to the national doctrine and jurisprudence the limitation and adequacy of the institute in accordance with the requirements of a democratic State of law. In 2020, the Federal Supreme Court, in order to put an end to one of the existing controversies about bad antecedents, established the following thesis with general repercussion: "The five-year statute of limitations for recidivism does not apply to the recognition of bad antecedents. , provided for in art. 64, I, of the Penal Code". Despite the decision, the plenary disagreed on the subject and the vote of the defeated ministers pointed out possible violations of the principles of legality and the guarantee of non-perpetuity of sentences. Thus, in view of the controversial understandings on the subject of bad antecedents and the debugger period and considering the need to analyze the judicial decision that understood the inapplicability of temporal ballast for the institute, the present work aimed to answer the following question: Does the decision of the Federal Supreme Court in RE No. 593,818/SC go beyond the limits of state punitive power in the face of the principles of legality and the prohibition of perpetual sentences? In order to answer the question, we used the exploratory technique, the hypothetical-deductive method and bibliographic and documentary research, with emphasis on the use of jurisprudence. The conclusion of the research pointed to the extrapolation of the limits of the state punitive power regarding criminal legality and the prohibition of perpetual penalties. It was understood by the need to establish a temporal ballast for the institute, in order to avoid arbitrariness in the application of bad antecedents and with a view to not incurring setbacks regarding the criminal guarantees historically conquered.

Key words: Bad antecedents. Extraordinary resource. Criminal legality. Prohibition of perpetual penalties. Criminal law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO **12**
2 FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL **16**
2.1 CONCEITO DE DIREITO PENAL E DE BEM JURÍDICO PENAL 17
2.2 PERCURSOS DO DIREITO PENAL E DA PENA 20
2.2.1 Evolução histórica do pensamento jurídico-penal mundial **21**
2.2.2 Breve evolução histórica do direito penal brasileiro **27**
2.3 O DIREITO PENAL SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 28
2.3.1 Direitos fundamentais como base do Direito Penal **29**
2.3.2 O princípio da legalidade **31**
2.3.3 O princípio da humanidade e vedação às penas de caráter perpétuo **36**
3 O INSTITUTO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO **39**
3.1 APONTAMENTOS SOBRE A ORIGEM E EVOLUÇÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS 40
3.2 O CONTROVERTIDO CONCEITO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS 42
3.3 NATUREZA JURÍDICA DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS 46
3.3 ANTECEDENTES CRIMINAIS E REINCIDÊNCIA 47
3.3.1 O período depurador da reincidência e os maus antecedentes **50**
3.4 OS EFEITOS DOS MAUS ANTECEDENTES PARA A PENA E PARA O CONDENADO 54
3.4.1 Fixação da pena-base **54**
3.4.2 Regime de cumprimento de pena **56**
3.4.3 Substituição por penas restritivas de direito **58**
3.4.4 Suspensão condicional da pena **58**
3.4.5 Execução da pena **59**
4 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE n° 593 918/SC **61**
4.1 OS DIVERGENTES ENTENDIMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O PERÍODO DEPURADOR E OS MAUS ANTECEDENTES 64
4.2 A DECISÃO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 593818/SC 66
4.3 A DECISÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL 70
4.4 A DECISÃO SOB A ÓTICA DA GARANTIA DA NÃO PERPETUIDADE DAS PENAS 74
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS **77**
REFERÊNCIAS **79**

1 INTRODUÇÃO

O direito penal possui diversas acepções, mas é comumente relembrando apenas por uma de suas faces: como poder punitivo estatal. Tal compreensão, exprime a visão ainda arraigada de um sistema penal apenas retributivo, tendo como única finalidade compensar um mal injusto com um castigo justo. Contudo, em uma concepção democrática, o direito penal e todos e seus institutos estão atrelados a princípios que cumprem o papel fundamental de limitar o *jus puniendi.*

Atualmente, em um Estado democrático de direito, os fundamentos para compreensão do direito penal e todos os princípios que limitam a aplicação do poder de punir do Estado, encontram-se na Constituição Federal de 1988. É no rol de direitos individuais, protegidos sob o manto das cláusulas pétreas, que as garantias penais estão expressas. Assim, as atuações legislativa e judicial, em âmbito penal, estão condicionadas à observância desses limites.

Entretanto, durante séculos, não houve limitações ao direito penal e o arbítrio na cominação e aplicação da pena produziu um sistema altamente desumano e estigmatizante. Foi o período medieval e início da modernidade, marcado como mais cruel na história do direito penal. Isso porque, apesar de leis escritas e juízes togados, os condenados enfrentavam sanções desumanas: a pena de morte, executada cruelmente; a mutilação; e a tortura eram comumente empregadas.

Em reação a esse período, o movimento iluminista foi o responsável por estabelecer diversos parâmetros para a definição e aplicação do direito penal. Dentre esses, destacam-se os postulados iniciais para compreensão do princípio da legalidade penal e garantia da não perpetuidade das penas, hoje previstos, respectivamente, no artigo 5. ° incisos XXXIX e XLVII, alínea “b”, da Constituição Federal.

Nesse contexto, em razão de todo histórico do direito penal e sob a égide de um sistema democrático, cujo alicerce é a Carta constitucional de 1988, a interpretação de todos os institutos do direito penal deve respeito aos princípios e garantias duramente conquistados. Dentre esses, encontra-se o instituto dos antecedentes criminais, expresso no artigo 59 do Código Penal, entre as circunstâncias judiciais utilizadas para individualizar a pena.

O instituto dos antecedentes criminais, previsto desde o código penal de 1940, não encontra definição ou parâmetros estipulados na legislação penal. Desse modo, tudo que se conhece por antecedentes criminais é fruto de construção doutrinária e jurisprudencial. De

início, houve a necessidade de fixar ao alcance da expressão; logo em seguida, quais os fatos integravam o conceito; mais recentemente, mostrou-se necessário deliberar sobre a (não) existência de lapso temporal para os antecedentes criminais.

Quanto ao último aspecto, o Supremo Tribunal Federal (STF), através do Recurso extraordinário (RE) n° 593.818/SC, sanou as divergências sobre a (in)aplicabilidade do período depurado de cinco anos, para os maus antecedentes. Nesta decisão, fixou a seguinte tese com repercussão geral: "Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal".

Em que pese a decisão, não houve unanimidade quanto a esse entendimento. Além disso, os votos dos ministros vencidos revisitaram questões de extrema relevância que já eram debatidas pela doutrina e pela própria jurisprudência do tribunal: o não conhecimento da aplicação do período depurador para os "maus antecedentes" viola o princípio da legalidade penal e a garantia da não perpetuidade das penas.

Observa-se que as alegações da violação desses pressupostos, limites ao poder punitivo estatal, podem ser consideradas graves. Isso, pois, o instituto dos maus antecedentes, assim como todo o direito penal, deve ser interpretado conforme essas balizas, sob risco de desvirtuamento das garantias penais, arduamente conquistadas após séculos de história. Desse modo, mostra-se imperativa a análise da decisão do STF no RE n° 593.818/SC, tendo em vista um direito penal constitucional.

Dessa maneira, há necessidade de discutir o tema quando a decisão advém da corte constitucional do país, responsável pela guarda da Constituição Federal e pela preservação dos princípios nela instituídos. Desse modo, entendimentos desse tribunal que podem contrariar os limites estabelecidos pela própria Carta Magna do país merecem ser estudadas, sob olhar crítico e as possíveis violações são dignas de apontamentos

Além disso, a importância desse estudo justifica-se pela exigência de esclarecer um instituto do direito penal que se circunda de complexas relações. Especialmente no que concerne à limitação temporal, o tema dos maus antecedentes é debatido exaustivamente pela doutrina e jurisprudência pátria, que levantam hipóteses sobre a conformidade do instituto com os diversos princípios penais determinados pela Lei maior.

Diante do exposto, e considerando as consequências para a pena e para o condenado que podem surgir com a decisão do STF, objetiva-se, de modo geral, discutir, ao longo do trabalho, o seguinte problema: a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE n° 593.818 extrapola os limites do poder punitivo estatal em face dos princípios legalidade e da vedação as penas de caráter perpétuo?

Especificamente, o presente trabalho objetiva, de início, apresentar o direito penal, conceituando-o e delimitando seu percurso histórico até a interpretação sob o viés constitucional, com as limitações impostas ao poder punitivo estatal. Ainda, pretende-se examinar o instituto dos maus antecedentes, realizando um estudo sobre sua origem, conceito e reflexos para a pena e para o condenado. Por fim, pretende-se relacionar os objetivos anteriormente expostos a fim avaliar se a não fixação do lastro temporal para os maus antecedentes esbarra no princípio da legalidade e na garantia da não perpetuidade das penas.

Para atingir os objetivos propostos por esse estudo, faz-se uso do método de pesquisa exploratório, uma vez que se pretende proporcionar uma maior familiaridade com o problema aqui levantado. Com essa finalidade, a monografia tem por base pesquisa documental e bibliográfica, com a análise do inteiro do teor do acórdão do RE n° 593.818/SC e utilizando-se de livros e artigos científicos que versem sobre o direito penal e sobre o tema dos maus antecedentes. Além disso, utiliza-se de farta jurisprudência para exemplificar o exposto na teoria, em especial, para esclarecer o uso pelos tribunais do instituto dos maus antecedentes.

Em relação à natureza jurídica, a pesquisa classifica-se como básica, uma vez que se destina a gerar novos conhecimentos acerca de toda a problemática jurídico constitucional que envolve a decisão do STF no RE n° 593.818/SC. Considerando-se o método de abordagem, a pesquisa se classifica como hipotético-dedutiva, pois, permite que as hipóteses levantadas sejam falseadas ou não através de observações e experimentações. Por fim, quanto a forma de abordagem, a pesquisa classifica-se como qualitativa, vez que não pode ser traduzida em números, à primeira vista.

Ademais, o trabalho será estruturado em três capítulos. O primeiro versará sobre o conceito, antecedentes históricos e evolução do direito penal e da própria pena até a conformidade do sistema penal com a Constituição Federal, quando o respeito as garantias e princípios penais passou a ser exigência expressa de um Estado democrático de direito.

O segundo capítulo tratará de delimitar os antecedentes criminais. Para tanto, serão apresentadas suas origens e se discutirá sobre os seus controvertidos conceitos, com destaque para a doutrina e jurisprudência sobre o tema. Além disso, serão abordadas as diferenças entre esse instituto e o da reincidência, que embora não se confundam, apresentam semelhanças. Por último, se apresentará as consequências na aplicação dos maus antecedentes, para a pena e para o condenado.

No terceiro capítulo se discorrerá sobre a decisão do STF no RE n° 593.818. De início, serão apresentados os motivos que levaram ao STF a entender sobre a repercussão do tema. Logo depois, as divergências interpretativas sobre o tema, no âmbito das turmas do próprio

tribunal, serão expostas. Por fim, far-se-á um breve relato sobre os votos que fundamentaram o acórdão para serem enfim debatidos o princípio da legalidade penal e a garantia da não perpetuidade das penas no contexto da própria decisão.

2 FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL

O direito penal, como ramo do direito, se ocupa da proteção dos bens jurídicos mais importantes para o ser humano, tais como a própria vida, a incolumidade física e psíquica e o patrimônio. É através da pena, principal meio pelo qual se externa o poder exercido pelo direito penal, que as violações aos direitos acima descritos são coibidas.

Atualmente, no Brasil, o direito penal encontra-se sistematizado em um código (decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940) que disciplina as condutas violadoras de direitos essenciais à convivência social harmônica. Além disso, é através do código penal que o próprio transgressor da norma consegue ter a certeza de que será punido por um fato anteriormente coibido e ainda observar o procedimento que deverá ser seguido para aplicação de sua pena.

Entretanto, nem sempre foi possível, ao longo da história da humanidade, obter um direito penal e uma pena clara, de acordo com princípios regulatórios e coordenados. Para tanto, foi necessário percorrer trajetos cruéis, além de enfrentar revoluções e discussões teóricas que ora caminhavam de encontro à dignidade da pessoa humana, ora retrocediam ao ponto de objetificar o ser humano.

De início, não havia um direito penal constituído e sim um sistema de punições que se baseava somente em retribuição daquilo que era considerado injusto para o homem. É com o marco regulatório do Estado que o direito penal adquire nova roupagem, passando a ser prerrogativa deste. Contudo, nem nas mãos do Leviatã a pena e o direito penal deixaram de ser aflitivos.

Foi Somente com as primeiras discussões sobre os limites ao poder punitivo estatal que se pôde começar a perceber um direito penal mais delineado, nos moldes em que se conhece hoje. Deste modo, o conceito de direito penal como se compreende atualmente, seus princípios, como o a da legalidade e da humanidade penal e ainda os critérios para aplicação da sanção penal podem ser considerados frutos modernos de uma longa caminhada histórica.

Nesse contexto, entende-se ser essencial para compreensão e interpretação de um dos institutos de direito penal a exposição sobre a caminhada histórica do direito penal até o momento de sua interpretação segundo uma ordem democrática, cujo o alicerce é a Constituição federal de 1988. Isso porque, é somente através do olhar para o passado que compreende-se a necessidade de resguardar garantias penais arduamente adquiridas, afinal, conforme leciona Bovo (2019): “um povo que não conhece a sua história está condenado a repeti-la”.

A partir disso, esse capítulo, inicialmente, tratará do conceito de direito penal e de bem jurídico penal. Em seguida, apresentará os percursos históricos do direito penal e da pena, no

contexto mundial e brasileiro. Ainda, apresentará o direito penal contido em um Estado democrático de direito, cuja máxima é uma constituição que preserva os direitos fundamentais do indivíduo. Por fim, lançará o olhar sob os princípio da legalidade penal e da humanidade penal.

2.1 CONCEITO DE DIREITO PENAL E DE BEM JURÍDICO PENAL

O direito penal pode ser entendido de diversas formas e sua conceituação se altera com o tempo e com a posição adotada por cada autor. Assim, é muito difícil chegar a uma definição exata de direito penal, pois, para tanto, é necessário compreender a complexidade das relações reguladas pelas normas penais (MARQUES, 1954, p. 11). Nesse contexto, faz-se necessário expor amplamente o que se entende por direito penal.

Em uma concepção clássica, o direito penal pode ser entendido como um conjunto de diretrizes emanadas do Estado que ligam o crime como um fato e a pena como uma consequência (LISZT, 2006, p. 1). Hodiernamente, o direito penal pode ser definido como o ramo do direito responsável por regular os fatos humanos mais perturbadores da sociedade, definindo-os e impondo suas consequências (ESTEFAM, 2022, p. 49).

Embora separadas pelo lapso temporal, as definições acima expostas estão ligadas à face objetiva do direito penal, ou mais precisamente, ao direito penal objetivo. Para o direito penal objetivo, o direito penal é entendido como um conjunto de normas que definem as infrações penais e impõe uma pena como consequência da violação dessas normas. Além disso, a face objetiva do direito penal relaciona-se com a própria norma penal escrita, codificada ou apresentada na Constituição (ESTEFAM, 2022, p. 48).

Já a face subjetiva do direito penal diz respeito à titularidade do Estado para exigir da população uma conduta negativa quanto às normas penais e para punir a violação dessas normas (*jus puniendi*). Assim, o *jus puniendi* pode ser entendido como uma relação jurídica que surge entre o Estado e cidadão quando este último pratica um delito (ESTEFAM, 2022, p. 49).

No que tange ao direito de punir do Estado, faz-se necessário esclarecer que pode ser entendido sob dois aspectos distintos. O primeiro olhar recai sobre o direito que o Estado exerce sobre o delinquente da norma penal de modo a proteger a sociedade contra o crime. Em outra visão, o violador na norma penal tem o direito de ser punido nos casos previstos em lei e por um órgão julgador competente e imparcial. Sendo assim, o *jus puniendi* protege a sociedade do crime e o criminoso de possíveis arbítrios estatais (JESUS, 2020, p. 49).

Em consequência da face subjetiva do direito penal, esse ramo do direito é público, ou seja, é um direito sobre o qual o Estado intervém diretamente como pessoa jurídica de direito público. Assim, mesmo em casos nos quais a própria norma penal concede ao particular o direito de perseguição (j*us persequendi in juditio*) o *jus puniendi* continua sendo uma prerrogativa exclusiva do Estado (JESUS, 2020, p. 49).

Ademais, o direito penal pode se confundir com o "poder punitivo estatal", ou seja, fica limitado ao conceito de "instrumento de controle social". Apesar disso, o direito subjetivo é somente uma espécie de direito penal e o efetivo direito penal pode ser assim entendido:

> Poder punitivo estatal (bruto), por fim, é uma espécie de Direito penal paralelo. O verdadeiro Direito penal está regido por princípios e regras limitadoras do direito de punir do Estado, que vêm sendo desenvolvidos desde o Iluminismo. Ele tem como missão a tutela exclusiva de bens jurídicos (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos), que deve acontecer de forma fragmentária e subsidiária (princípio da intervenção mínima) (GOMES, 2006, n.p)

O direito penal entendido com as limitações impostas ao poder punitivo estatal é fruto de ordenamentos jurídicos desenvolvidos e predominantemente moderno. Assim, o direito penal entendido em conjunto com os princípios que limitam o *jus puniendi* nasceu, em grande parte, com a tradição iluminista e com o liberalismo moderno (FERRAJOLI, 2002, p. 29). Desta forma, os princípios da legalidade estrita, materialidade, lesividade e responsabilidade pessoal surgiram com a concepção moderna de direito penal.

Em uma concepção mais ampla, o direito penal pode ser entendido a partir de duas perspectivas. A primeira delas refere-se à legislação penal como um conjunto de normas que objetiva tutelar bens jurídicos e definir o alcance dessa tutela. No segundo sentido, o direito penal é entendido como um sistema de compreensão e interpretação do direito penal, denominando-se de "saber jurídico penal" (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 85).

Observa-se que o objetivo comum a todos os conceitos de direito penal apresentados é o de, primordialmente, proteger os bens jurídicos penais, essenciais aos indivíduos e a toda a sociedade. Para cumprir essa função, o Estado, titular do *Jus puniendi,* seleciona os bens jurídicos mais relevantes para o convívio social harmônico e tutela esses bens. Ressalta-se que para definição do que é relevante para o direito penal o próprio legislador seleciona, por um juízo positivo de valor, os bens jurídicos a serem tutelados (PRADO, 2019, p. 40).

A ideia de uma teoria que explica o bem jurídico tutelado pelo direito penal surge no prisma liberal do século XIX, como uma forma de limitar o legislador penal. A teoria do bem jurídico objetiva concentrar o olhar do legislador para os fatos efetivamente lesivos ao pacto

social. Portanto, bem jurídico penal pode ser tudo que o legislador entende como relevante para a ordem jurídica (PRADO, 2019, p. 22).

No entanto, cumpre salientar que o direito penal não protege os bens relevantes de maneira absoluta, mas somente mediante formas determinadas de agressão. Além disso, o âmbito de proteção dos bens jurídicos se transforma com o tempo e com o espaço. Desta forma, um determinado bem jurídico pode deixar de ser tutelado ou ser protegido conforme os valores éticos, sociais e econômicos de uma época ou de um local (PRADO, 2019, p. 41).

A única restrição em que o legislador incorre ao definir os bens jurídicos tutelados penalmente está nos princípios de uma constituição (ROXIM, 1997, p. 27). Assim, o conceito de bem jurídico político-criminal vinculante só pode surgir dos preceitos fundamentais expostos na lei básica de um Estado de Direito, com base na liberdade de cada sujeito. Portanto, os bens penais podem ser considerados como:

> [...] pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se concretizam numa série de situações valiosas, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, ou a propriedade, as quais todo mundo conhece (ROXIM, 1997, p. 55)

Deste modo, embora o bem jurídico penal possa ser tudo aquilo que o legislador entenda como relevante para ordem jurídica, a própria definição de bem jurídico impede que o elaborador da norma considere toda conduta penalmente relevante. Assim, dentre as funções de bem jurídico penal está a de garantia ou limitação do direito de punir do Estado. Portanto, entende-se que o legislador não pode penalizar senão condutas graves que lesionam ou colocam em perigo verdadeiros bens jurídicos (PRADO, 2019, p. 25).

Ainda em relação a essa função, não podem ser considerados pelo legislador como formas de proteção ao bem jurídico as cominações penais meramente arbitrárias, as finalidades meramente ideológicas e as meras imoralidades. Quanto à primeira forma, as meras arbitrariedades não atendem ao Estado social, liberal de direito; as segundas não podem ser consideradas pelos mesmos motivos das primeiras; e as últimas são inofensivas para a capacidade funcional de um sistema social (ROXIM, 1997, p. 56-57).

Além disso, outra função do bem jurídico penal é a teleológica ou interpretativa. De acordo com essa função, o sentido e alcance à finalidade de proteção dos bens jurídicos são condicionantes à interpretação da norma penal. Sendo assim, não é possível que o aplicador da lei conheça e aplique a norma penal sem conhecer a sua verdadeira finalidade, que só é alcançada através do entendimento do que é o bem jurídico penal (PRADO, 2019, p. 45).

Como exposto anteriormente, a definição de bem jurídico penal é dada através de um juízo positivo de valor inserido em determinado contexto e tempo. Desse modo, hoje, a definição de bem jurídico penal e a própria definição de direito penal devem considerar o contexto de um Estado Constitucional de Direito, que tem por base princípios democráticos e fundamentais, além de valores intangíveis, como a Dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é um valor fundamental de um Estado democrático de direito e por vezes assume a forma de princípios. Tal valor funciona como fundamento e justificação moral dos direitos fundamentais portanto, informa o sentido e o alcance desses direitos. Ademais, a Dignidade da pessoa humana atua como vetor essencial diante da interpretação de normas constitucionais e infraconstitucionais (BARROSO, 2022, p. 450-451)

Destarte, esclarece Prado que "em uma concepção democrática, o ponto de partida do direito penal é determinado pelo conceito de pessoa" (PRADO, 2019, p. 637). A pessoa, na Constituição Federal de 1988 (CF), tem posição de destaque, visto que, a dignidade da pessoa humana é assegurada como valor fundamental da ordem democrática vigente (art. 1.º, III, da CF).

Ademais, faz-se necessário ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana reconheceu que o Estado existe em função da pessoa humana e não ao contrário (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2022, p. 622).

2.2 PERCURSOS DO DIREITO PENAL E DA PENA

Nem sempre a pessoa humana e sua dignidade foram os valores centrais de uma ordem jurídica. Especialmente para o Direito penal, foi necessário percorrer um caminho longo e cruel até que os conceitos modernos, apresentados anteriormente, reconhecessem a ciência penal além da função meramente punitiva. Como visto, muito do que se entende hoje por direito penal, princípios penais e bem jurídico penal foi desenvolvido com o iluminismo, no século XVIII.

Deste modo, entendendo-se ser essencial conhecer a evolução do conceito de direito penal, que se confunde com a evolução da própria pena, o próximo tópico aborda sucintamente a trajetória do direito penal até as concepções atuais. Para fins didáticos, faz-se a separação entre a evolução do pensamento jurídico-penal mundial e em seguida trata-se do pensamento jurídico-penal brasileiro. Entretanto, ressalta-se que a história não é ciência linear, com um curso progressivo de acontecimentos, deste modo, os acontecimentos "mundiais" influenciaram diretamente o direito penal brasileiro, mesmo que séculos depois.

2.2.1 Evolução histórica do pensamento jurídico-penal mundial

De acordo com Prado: “toda atividade humana desenvolve-se no tempo”, assim como o processo de criação, interpretação e aplicação do direito (PRADO, 2019, p. 64). Com isso, pode-se entender ser o momento histórico e social que determina a realidade jurídica de uma época. Neste contexto, apresentar o desenvolvimento e evolução histórica da atividade jurídico-penal é fundamental para compreensão do fenômeno do Direito penal sob a óptica constitucional.

A ideia de retribuição pode ser considerada o cerne do direito penal primitivo. Nas primeiras civilizações, a preservação da ordem se dava por meio do controle social exercido pela ideia de retribuição, especialmente a divina. Desta forma, inexistia uma justiça formal constituída, sendo que a ordem social foi se estabelecendo a partir das próprias percepções humanas de que determinadas condutas eram prejudiciais e mereciam proibição e consequente reprovação (MARTINELLI; BEM, 2017.p. 152).

Foi somente com o direito romano que o direito penal encontrou contornos um pouco mais delineados. Nessa época, os delitos foram divididos entre públicos e privados, sendo que os primeiros diziam respeito aos crimes cometidos contra o Estado e os segundos contra particulares. Apesar da divisão, o caráter da pena era essencialmente retributivo e o castigo físico, a escravidão e a morte constituíam formas mais comuns de penalidade (MARTINELLI; BEM, 2017.p. 155).

Ademais, o direito romano foi precursor de diversos institutos penais conhecidos hoje. As ideias de menoridade, concurso de pessoas, dolo e culpa, nexo causal e de pena foram trabalhadas casuisticamente pelos romanos, sem inserir tais conceitos em um sistema normativo único (BITENCOURT, 2021, p. 193-195). Portanto, inegável a contribuição romana para o desenvolvimento do direito penal moderno

Entretanto, com a queda do império romano e instalação dos reinos bárbaros, o caráter privado do direito penal prevaleceu. Nesse novo sistema, o germânico, a vingança privada era a principal forma de punição. No entanto, com o passar dos anos, os germânicos substituíram a vingança pela composição obrigatória, que consistia em pagar certo valor em pecúnia para compensação pelo dano sofrido (PRADO, 2019, p. 119).

Ainda na idade média, as práticas brutais do direito penal germânico foram substituídas pelo caráter disciplinar do direito canônico. Esse último era essencialmente humanizado, visto que, inspirava-se nas ideias de caridade e compaixão ao próximo. Sendo assim, a pena tinha

por objetivos precípuos o arrependimento e a correção do criminoso, com a restauração da sua dignidade (PRADO, 2019, p. 122-127).

A fusão entre o direito canônico, o germânico e o renascimento dos estudos romanos deram origem ao direito penal comum. Neste período, houve prevalência da lei escrita e a figura dos glosadores foi essencial para o surgimento de importantes diplomas legais. No entanto, o absolutismo do poder público, com a confusão entre Estado e religião, trouxe de volta o caráter essencialmente punitivo da pena (BITENCOURT, 2021, p. 201-203).

Assim, apesar da existência de leis escritas, juízes togados e poder soberano, o final da era medieval e começo da modernidade ficou marcada como a mais cruel da história do direito penal (FIRMO, 1967, p. 88-89). Esse momento histórico pode ser descrito como sombrio, pois, o arbítrio na definição e na aplicação da pena criou uma justiça punitiva, incerta e aterrorizante. Não bastasse isso, a execução da própria pena de morte se dava por meios cruéis: a forca, o afogamento, as fogueiras, o arrastamento e os mais diversos métodos de tortura foram utilizados neste período.

Portanto, o sistema penal e processual penal dos séculos XVI ao XVIII era opressor, desigual, arbitrário e excessivamente rigoroso. A pena não obedecia a limites e não havia nenhuma proporcionalidade entre o crime e a punição, sendo assim, a vingança não era mais privada, tornou-se pública e se justificava para fins de retribuição e intimidação. Consoante a isso, até a revolução francesa o direito penal permaneceu altamente desumano (PRADO, 2019, p. 138).

Como reação ao período absolutista, surge então o período humanístico do direito penal mundial. No contexto do século das luzes, ou iluminismo (século XVIII), as ideias empiristas, pautadas no ser humano como centro, substituíram os ideais teocêntricos do século passado (PRADO, 2019, p. 141). Assim, o direito, de modo geral, desvinculou-se do divino e foi considerado um fenômeno social, que tinha carência de se adequar ao tempo e às definições de justiça compartilhadas naquele período histórico.

Com base nesses primados, a legislação penal vigente foi duramente criticada pelos reformistas, filósofos e juristas da época. Para a filosofia iluminista, não era mais a ética ou a religião que podiam explicar o delito ou a pena e sim o contrato social violado. Deste modo, os idealizadores defendiam uma resposta penal mais moderada e proporcional ao delito, com a defesa de penas mais brandas e até a substituição por sanções de caráter pecuniário (PRADO, 2019, p. 141).

Dentre os precursores do movimento reformista, destacam-se Voltaire, Montesquieu e Rousseau. Foram esses filósofos franceses que rejeitaram as ideias vigentes e sustentaram as

bandeiras da liberdade, igualdade e justiça. Apoiado nessas concepções, Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, publicou em 1764 a obra considerada hoje o marco inicial do direito penal moderno: “do Delito e Das Penas”.

O livro do Marquês de Beccaria não era dotado de tecnicismo jurídico, apesar disso, exprimiu claramente o descontentamento contra os ditames da lei penal vigente, repudiando a pena de morte e a tortura. Além disso, “Do Delito e das Penas” foi precursor nas ideias de legitimidade do poder de punir do Estado e de proporcionalidade entre o crime e a pena:

> O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo. As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagradas e invioláveis for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos (BECCARIA, 1764, p. 21).

Pela leitura do trecho retirado da obra percebe-se que os escritos de Beccaria são atemporais, pois o princípio da proporcionalidade vinculado ao conceito de limitação ao poder de punir do Estado aí exposto é hoje utilizado em documentos legais por todo o mundo. No Brasil, a própria Constituição Federal de 1988 consagra em seu artigo 5.º, inciso XXXIX, a legalidade penal.

Embora Beccaria tenha sido o expoente do direito penal do século XVIII, outros reformadores tiveram papel essencial na expansão das ideias iluministas por toda a Europa. Na Espanha, Manuel de Lardizábal y Uribe na obra “discurso sobre las penas” defendeu que a finalidade das penas deveria ser a segurança dos cidadãos e a saúde pública. Além disso, o autor, diferentemente de Cesare Bonesana, apoiava-se na ideia de uma interpretação penal com mais espaço ao julgador para aplicação da lei, consoante o caso, mas sem arbitrariedades:

> He dicho en cuanto sea posible , **porque muchas veces es preciso dejar a la prudencia del juez la aplicación de la ley a ciertos casos particulares**, que siendo conformes a la mente del legislador, no se expresan literalmente en sus palabras , porque las leyes no se pueden hacer de modo que comprendan todos los casos que pueden suceder (URIBE, 2003, p. 21). (grifos nossos)

No final do século XVIII, os ideais iluministas influenciaram também o surgimento do movimento “codificador”, que consistia na sistematização em um documento único dos princípios e leis esparsas de uma determinada ordem jurídica. Para o direito penal, a codificação possui relevância já que funcionava como mais uma forma de mitigar o arbítrio judiciário (PRADO, 2019, p. 147).

Após esse período, o século XIX é marcado pelo surgimento das escolas penais. A escola penal pode ser considerada um conjunto de princípios e teorias que buscam explicar o

direito penal e as finalidades da pena. Dentre as principais escolas penais estão a primeira escola, ou escola clássica; a escola positivista; e a terceira escola ou escola eclética. Cumpre salientar que alguns autores ainda acrescentam a evolução histórica das escolas penais e outros tratam dessa evolução como epistemologia penal (ESTEFAM, 2022, p. 55).

A primeira escola foi marcada pela publicação da obra "do delito e das penas", do Marquês de Beccaria. Todavia, Beccaria compôs o primeiro período da escola clássica, denominado de período teórico ou teórico-filosófico, ficando a cargo de Francesco Carrara e Enrico Pessina compor o período prático-ético jurídico da escola clássica (ESTEFAM, 2022, p. 56).

A maior característica da escola clássica foi o método de trabalho dedutivo, uma vez que, a análise do jurista partia do direito penal vigente para depois passar a questões jurídico-penais. No período teórico-filosófico, a maioria dos contratualistas criticava duramente as leis excessivamente rigorosas e desproporcionais e defendiam, a partir desse ponto, que o contrato social, pactuado por todos os homens, impõe a igualdade absoluta entre eles (ESTEFAM, 2022, p. 56).

Embora Beccaria figure como um dos principais nomes da escola clássica é Francisco Carrara quem simboliza a expressão definitiva da escola clássica. Para Carrara, o crime não é um ente de fato, mas um ente jurídico. O crime não é um ente de fato, pois não se constitui em ação, mas em infração; é um ente jurídico porque, em sua essência, nasce da violação de um direito (BITTENCOURT, 2021, p. 244).

Já no final do século XIX, a preocupação do direito penal mudou, pois o Estado absolutista e a violência da pena já não estavam presentes naquele momento. Ademais, as ciências humanas e biológicas ganharam significativo avanço e a criminalidade alarmante tornou-se então a figura central nas discussões do momento. Assim, a escola positivista surgiu utilizando, diferentemente da escola clássica, o método indutivo, através da observação dos fatos, do crime (ESTEFAM, 2022, p. 57).

O olhar positivista não recaia sobre o crime, mas sobre o "delinquente", através de uma análise morfológica ou psicológica da criminalidade. Deste modo, o positivismo penal se divide em três fases distintas: a fase antropológica ou biológica, representada por Cesare Lombroso; a fase sociológica evidenciada por Enrico Ferri; e a fase jurídica cujo representante foi Rafael Garofalo (BITTENCOURT, 2021, p. 251).

Nesse contexto, destaca-se a fase antropológica da escola positivista, pois a definição de "criminoso nato", defendida por Cesare Lombroso, foi reconhecida pelos demais positivistas. Para a teoria, havia um criminoso habitual, reiterado que era uma espécie da raça

humana, cujas características morfológicas eram apresentadas em outros seres humanos igualmente criminosos. Acrescenta-se, ainda, que a pena tinha caráter essencialmente preventivo, entretanto, a prevenção tinha como fundamento a ideia de que a punição serviria para o controle social, baseando-se na periculosidade inerente ou não ao agente (ESTEFAM, 2022, p. 58).

A terceira escola, ou escola eclética, diferentemente das primeiras escolas, não possui posição extrema ou filosoficamente definida. Ela conciliou os postulados apresentados pelas escolas anteriores. Deste modo, sustentaram a necessidade de investigação antropológica sobre o delito, mas rejeitaram a ideia de um "delinquente nato" e ainda, conforme os clássicos, buscaram elaborar uma dogmática jurídico-penal a partir do método dedutivo (ESTEFAM, 2022, p. 59)

As escolas apresentadas mostram-se como principais para a construção do direito penal, entretanto, não são as únicas. A escola moderna alemã, a escola técnico-jurídica ou ainda a escola de defesa social também foram importantes para a construção da noção moderna de direito penal. Contudo, o conflito de ideias existentes, principalmente entre escola clássica e positivista, encontra-se superado.

Destarte, conforme explica Noronha, o debate entre as escolas penais mostra-se irrelevante diante da complexidade do fenômeno criminoso. Além disso, destaca o autor, que o que interessa ao indivíduo é o direito normativo que se sobrepõe aos limites impostos por qualquer escola penal:

> Muito mais que para as discussões e contendas filosóficas, que não devem transpor o pórtico da lei, necessita o legislador atentar para o problema político, aparando as arremetidas do direito penal autoritário, que asfixia o indivíduo em proveito dos poderosos do momento, postergando direitos que são vitais e inerentes à própria condição humana (NORONHA, 2004, p. 43-44).

Ao contrário da discussão acerca das escolas penais, o debate sobre as finalidades da pena é de extrema relevância para compreensão do direito penal e para atingir o objetivo deste trabalho. Ao longo da evolução da pena, que se confunde com a evolução do Estado e do próprio direito penal, os argumentos polarizados sobre as finalidades e funções da pena foram deixados de lado e comportaram perspectivas mais abrangentes (BITENCOURT, 2021, p. 308).

Nesse contexto, faz-se necessário diferenciar o conceito de pena da função da pena. A pena pode ser entendida como "Castigo aplicado a pessoa que cometeu qualquer espécie de falta; penalidade; punição" (PENA, 2021). Contudo, a função da pena não pode ser relacionada somente a esse conceito, pois seria admitir que a sua única função é a retribuição, mas não é.

A doutrina clássica sistematiza as teorias sobre as finalidades da pena em três grandes grupos: absolutas, relativas e da união. Para as teorias absolutas, a finalidade da pena é retributiva, ou seja, a pena é vista como um mal justo diante do mal injusto cometido pelo agente. Assim, a característica essencial das teorias retributivas reside no fato de que a imposição da pena não está aliada a fins futuros, mas ao valor atribuído ao fato transgressor do passado (BITENCOURT, 2021, p. 311).

As teorias relativas, finalistas, utilitaristas ou da prevenção, ao contrário das teorias passadas, estão aliadas ao fim futuro da prevenção. Deste modo, a pena não se justifica para retribuir o fato delitivo cometido, mas, sim, para prevenir a sua prática. As teorias da prevenção subdividem-se em teorias da prevenção geral e teorias da prevenção especial. Para as primeiras, o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os membros da sociedade a fim de impedir a prática de novos delitos; enquanto para as segundas, a pena tem por destinatário o próprio autor do crime (JESUS, 2020, p. 652).

Quanto ao modo de atingir a finalidade proposta, as teorias da prevenção geral podem ser classificadas em: prevenção geral negativa ou intimidatória e prevenção geral positiva. Para a negativa, objetiva-se desestimular os possíveis delinquentes da prática dos crimes que possam cometer através da ameaça do castigo eficaz. Para a teoria da prevenção geral positiva, a função é inserir na sociedade um sentimento de fidelidade à ordem social, mais uma vez, através da ameaça de uma pena (BITENCOURT, 2021, p. 330).

Assim como a teoria da prevenção geral, a prevenção especial também é subdividida em prevenção especial positiva e negativa. A especial positiva dirige-se para a reeducação do delinquente, e está ligada à ressocialização do delinquente; em contrapartida, a especial negativa volta-se para a eliminação ou neutralização do criminoso. Embora possam parecer mutuamente excludentes, destaca Ferrajoli que não são:

> […] con arreglo a las dos finalidades de la prevención especial, la positiva de la reeducación del reo y la negativa de su eliminación o neutralización, que por consiguiente **no se excluyen entre sí, sino que concurran acumulativamente en la definición del fin de la pena** como fin diversificado según la personalidad, corregible o incorregible, de los condenados (FERRAJOLI, 1995, p. 264).

A fim de unir os fins da pena em um único conceito, surgem as teorias mistas ou unificadoras da pena. Para essas teorias, as funções retributivas e preventivas são conciliáveis e pode-se identificar um duplo papel na pena: retribuir e prevenir *(punir quia peccatum est et ne peccetur).* Fica claro a partir da leitura do artigo 59, *caput*, do código penal (CP) que houve a tentativa de conciliação entre as teorias retributivas e preventivas ao conferir ao juiz a

possibilidade de aplicar a pena: “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (ESTEFAM, 2022, p. 331).

Visto isso, destaca-se que a história do direito penal mundial progrediu lentamente até as definições mais atuais do que se entende por direito penal e pena. Assim, como já exposto, o direito penal e a própria pena não podem ser considerados isoladamente, fazem parte de um Estado constituído e suas definições são concebidas de acordo com o sistema político adotado em determinado tempo e espaço.

Assim, o direito penal ao ter como referente o sistema político adotado pela Constituição de 1988 é concebido e estruturado a partir de uma noção democrática do Estado de direito. Entretanto, para construção do direito penal democrático foi necessário romper com o direito português absolutista vigente no país e estruturar o próprio direito penal brasileiro, como exposto adiante.

2.2.2 Breve evolução histórica do direito penal brasileiro

O direito penal brasileiro pode ser compreendido em três fases distintas: fase colonial, fase do código criminal do império e a fase do período republicano. Contudo, é necessário destacar que antes da chegada dos portugueses ao Brasil já vigorava um direito primitivo entre as tribos indígenas do país. Tal direito em nada influenciou o direito penal brasileiro que se conhece (ESTEFAM, 2022, p. 36).

A partir do domínio português, as Ordenações Afonsinas, vigentes naquele momento no reino de Portugal, tutelaram as relações no país. Após esse período, as Ordenações Manuelinas foram utilizadas, entretanto, a justiça penal no Brasil se fazia por arbítrio dos titulares das capitanias hereditárias. Foi somente com as Ordenações filipinas que houve um delineamento mais claro do direito penal na colônia brasileira (ESTEFAM, 2022, p. 62).

O direito penal instaurado a partir das Ordenações Filipinas era caracterizado pela crueldade e arbitrariedade das penas e orientava-se no sentido de uma ampla criminalização e de severas punições. Assim, predominavam as penas de morte e outras formas de punição que utilizavam o próprio corpo como pagamento pelo mal provocado. Além disso, ficava a critério do julgador escolher as penas e seus limites (PRADO, 2019, p. 205).

A crueldade das penas presente nas Ordenações Filipinas regeu a vida dos brasileiros por cerca de dois séculos. Contudo, com a Constituição de 1824, sentiu-se a necessidade de elaboração de um código criminal que se adequasse às ideias vigentes. Acrescenta-se que os ideais iluministas foram trazidos ao país e a necessidade de romper com as concepções da

“idade das trevas” tornou-se urgente. Assim, em 1830, foi promulgado o primeiro código criminal do império (BITENCOURT, 2021, p. 221).

O código criminal fundamentou-se nas ideias de Bentham, Beccaria e Mello Freire e no Código Penal francês de 1810, entretanto, utilizou muito mais de ideais originais para fundamentar o seu texto. Nesse contexto, o código inovou em diversas matérias, dentre as quais, pode-se destacar o sistema de dias-multa. Ademais, nas palavras de Azevedo:

> Se na realidade um código penal fosse (no entender de Nicola Nicolini) termômetro por que se pode aferir o grau de civilização de um povo, O Brasil de 1830 deveria ombrear, com as mais cultas das nações europeias, senão sobrepujá-las (AZEVEDO, 1931, p. 19)

Passado esse período, com o advento da república, surgiu a necessidade de um novo código penal que se adequasse a nova forma republicana de governo. Com isso, em 1890, foi promulgado um novo código penal, duramente criticado pelas falhas e pela ausência de debates em sua elaboração (ESTEFAM, 2022, p. 68-69). Assim, inúmeras tentativas de reformular os erros e preencher as lacunas do código de 1890 transformaram-se em uma consolidação das leis penais, publicada em 1932.

Em 1942 entrou em vigor no Brasil um novo código penal e a doutrina denomina-o como “eclético”, pois conciliou o pensamento clássico e o positivista em seu texto normativo. (ESTEFAM, 2022, p. 69). Entretanto, em 1984, o texto do código de 40, em sua parte geral, foi reformado para que se adequasse à exigência da época de conferir à pena caráter ressocializador.

Não se pode deixar de destacar as inúmeras alterações ocorridas no corpo do Código Penal de 1940. Para Estefam, embora bem-intencionadas, as mudanças promovidas quebram a harmonia do texto e promovem severas incongruências na legislação vigente (ESTEFAM, 2022, p. 68). Todavia, as mudanças ocorridas, embora possam causar confusão nos estudiosos do direito, promovem a harmonização do texto legal à Constituição Federal e as variadas transformações sociais ocorridas desde 1940.

Visto isso, o próximo tópico aborda, sucintamente e sem pretensão de esgotar o tema, a mudança na aplicação e interpretação das normas penais, provocadas pela inserção de valores e princípios no texto da Constituição Federal de 1988.

2.3 O DIREITO PENAL SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A história do direito penal brasileiro é curta, uma vez que grande parte se confunde com a própria história jurídica do colonizador português. Contudo, hoje, o direito penal brasileiro, assumindo características próprias, deve ser interpretado e aplicado conforme a Magna Carta de 1988, embora sua elaboração seja posterior ao código penal vigente. Acerca do tema faz-se necessário apontar o que discorre Lima:

> O direito penal não é senão um subsistema de normas que devem, por imperativo de supremacia, obediência às normas constitucionais, as quais por meio de princípios e regras, vão condicionar, como será verificado, o próprio legislador e o juiz a se portarem consoante as diretrizes por elas estabelecidas (LIMA, 2006, p. 105).

Assim, o direito penal, como os demais ramos do direito, rege-se por princípios, diretrizes essenciais para aplicação das normas. Em grande parte, os princípios encontram-se jurisdicizados, ora em nível constitucional, ora em nível infraconstitucional. Os princípios constitucionais extraem seus fundamentos das próprias normas originárias e alguns detém a natureza de direitos fundamentais.

De acordo com Prado, os princípios são derivados, em sua origem, de valores étnicos-culturais e jurídicos vigentes em uma determinada comunidade social, em uma certa época. A sua imposição, entretanto, aconteceu progressivamente num processo histórico-político contínuo como basilares à sociedade democrática (PRADO, 2019, p. 258).

Nessa conjuntura, mostra-se indispensável apresentar os princípios penais que neste caso, que se revestem de direitos fundamentais.

2.3.1 Direitos fundamentais como base do Direito Penal

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada no contexto de um Estado democrático de direito e sua atuação é pautada na imposição de uma ordem jurídica com conteúdo de transformação da realidade (MORAIS; STRECK, 2014, p. 80). Assim, a ideia de Estado ultrapassa o viés de prestação negativa com a garantia dos direitos fundamentais apenas contra as arbitrariedades do Estado e seu papel é de efetivador e garantidor desses direitos, em face do próprio Estado ou de terceiros.

Nessa conjuntura, a Constituição de 1988 assume uma função compromissória e dirigente, apoiada no valor fundamental da dignidade da pessoa humana e objetivando, dentre outros aspectos, construir uma sociedade livre justa e solidária. Para tanto, o papel constitucional se bifurca, assim como o papel do Estado. Em uma Constituição democrática contém os princípios fundamentais de defesa do indivíduo face ao Estado e também princípios que garantem a atuação estatal face à violação de valores fundamentais por terceiros.

Sendo assim, não se pode olvidar que o Estado democrático de direito e a constitucionalização de normas e princípios provocaram profundas mudanças no espaço jurídico. A partir do advento da Constituição de 1988, o direito penal, assim como todos os seus institutos passaram a ser analisados sob o arcabouço principiológico inserido na carta maior.

Ademais, o processo interpretativo das normas penais depende intrinsecamente do sentido que o aplicador tem da Constituição, do direito penal e processual penal. Com isso, uma compreensão inautêntica, que desconsidere os direitos fundamentais tutelados pelo Estado democrático de direito e normatizados na Constituição de 1988 pode acarretar a disfuncional idade nos ramos jurídicos acima descritos (CUNHA, 1995, p. 273). A partir disso, mostra-se indispensável apresentar, de maneira breve, um olhar sobre os direitos fundamentais.

Para Alexy, os direitos fundamentais podem ser entendidos como direitos humanos institucionalizados ao nível nacional, ou seja, são direitos humanos positivados dentro de um direito interno. Os direitos humanos são somente aqueles que possuem abstração, prioridade, fundamentalidade, validade moral e universalidade. Para o autor em uma constituição que não possui todos os direitos humanos como direitos fundamentais não pode ser considerada legítima (ALEXY, 2000, p. 24-31).

Ferrajoli propõe uma definição teórica, formal e estrutural de direitos fundamentais. O autor esclarece que tal definição não é formulada com referências às normas de um ordenamento jurídico concreto porque desconsidera as circunstâncias fáticas em que tais direitos são formulados. Deste modo, direitos fundamentais podem ser entendidos como:

> Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas' (FERRAJOLI, 1999, p. 37).

Ademais, os direitos fundamentais encontram-se inseridos na "esfera de lo no decidible". Em uma democracia constitucional, a maioria não pode legitimamente decidir sobre violar direitos e liberdades fundamentais (FERRAJOLI, 2014, p.9). Neste ponto, ressalta-se que direitos fundamentais inseridos na Carta Maior de 1988 estão protegidos pelo manto das cláusulas pétreas ou da intangibilidade constitucional.

Assim, os limites materiais aos direitos fundamentais podem ser entendidos como:

> […] objetivam assegurar a permanência de determinados conteúdos da Constituição, em virtude de sua relevância para a própria identidade da ordem constitucional, conteúdos que, na formulação de John Rawls, constituem os "elementos constitucionais essenciais" (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2022, p. 295).

Visto isso, a ideia de direitos fundamentais e de direito penal não pode ser dissociada. A ligação que existente entre os dois conceitos acontece a partir do momento que os direitos fundamentais, como já exposto anteriormente, são os limites para escolha dos bens jurídicos penais. Assim, a relação existente entre o direito penal e a constituição e consequentemente os direitos fundamentais, deve ser estreita, pois a constituição é a primeira manifestação legal da política penal, em conformidade com o princípio da supremacia constitucional (CUNHA, 2017, p.33).

Desta forma, a Constituição Federal assinala os limites entre o constitucional ou inconstitucional no que diz respeito aos mandamentos penais. De um lado, estabelece as possibilidades de criminalização e os limites de até onde o legislador pode ir enfrentando a criminalidade. Por outro lado, delimita os passos do aplicador da lei, restringindo ou ampliando o seu espaço de interpretação (LIMA, 2006, p. 54).

Toda essa restrição ocorre em razão dos princípios constitucionais penais. Tais princípios são uma exigência de racionalização e legitimação do poder punitivo estatal, imposta pela Carta Constitucional. Além disso, expressam-se em limites democráticos que condicionam as possibilidades de criação de condutas incriminadoras e restringem a atuação judicial quanto à interpretação das regras criminais (LIMA, 2012, p.118).

Quanto ao último aspecto apresentado acima, é importante destacar o que leciona Lima:

> […] Em nível de interpretação, toda a teoria do crime deve ser guiada segundo a ação difusiva e contagiante dos princípios constitucionais reportados, não havendo possibilidade de dissociação das categorias penais da irradiação fundamentalmente das normas constitucionais, isso tanto na interpretação das regras de aplicação e criminalizadoras, quanto na análise da prova colhida. O problema da interpretação não se cinge apenas ao ajuizamento do sentido das expressões normativas (proposições), mas vai além quando, antes, enfrenta a avaliação dos fatos e, após, a subsunção destes à lei (LIMA, 2012, p. 118).

Diante do apresentado e com vistas a atingir o objetivo deste trabalho, interessa-nos expor, de maneira mais aprofundada, os princípios constitucionais penais da legalidade e de vedação às penas de caráter perpétuo, corolário do princípio penal da humanidade.

2.3.2 O princípio da legalidade

O princípio da legalidade surge com a filosofia da ilustração e sob a influência dos pensadores deste período, como Montesquieu, Rousseau e especialmente Beccaria. Nesse momento histórico, o povo deixou de ser instrumento passivo do poder absolutista do Estado e passou a ser o próprio poder, controlando, mesmo que através de representação, a criação da lei

penal e definindo os seus limites. A partir desse momento, o juiz passou a se sujeitar à lei escrita (PRADO, 2019, p. 263-264).

Batista esclarece que o princípio da legalidade significou, para o período da revolução francesa, "o mais importante estágio do movimento então ocorrido na direção da positividade jurídica e da publicização da reação penal". De acordo com o autor, a legalidade penal foi a resposta encontrada para combater os abusos do absolutismo e, ao mesmo tempo, foi a afirmação de uma nova ordem jurídica que surgiria a partir daquele momento (BATISTA, 2007, p. 65).

A importância da legalidade penal, portanto, transcende o tempo e o espaço do período da ilustração e hoje constitui-se, como leciona Prado em "verdadeira pedra angular do Estado de direito" (PRADO, 2019, p. 226). Assim, o princípio da legalidade é uma exigência do Estado democrático para a segurança jurídica e garantia da liberdade do cidadão diante do poder punitivo estatal. Salienta-se que a necessidade de tal garantia decorre da brutalidade com que o direito penal regula a violação dos direitos mais preciosos para o cidadão.

Insta salientar que o Estado utiliza meios gravosos para reprimir os delitos e tais meios, muitas vezes, limitam drasticamente os direitos mais fundamentais para o cidadão. Deste modo, há necessidade de buscar um princípio que controle e imponha limites ao poder punitivo estatal, assim como exclua toda e qualquer arbitrariedade que possa advir desse poder. Tal controle é exercido, justamente, pelo princípio da legalidade penal (BITENCOURT, 2021, p.119).

O reconhecimento do princípio da legalidade penal percorreu um longo caminho histórico. A legalidade penal, na América Latina, foi consagrada por Feuerbach, no início do século XIX, através da fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Hoje, o princípio figura na Constituição Federal de 1988 entre os direitos e garantias fundamentais (art. 5°, XXXIX) e é igualmente tutelado pelo artigo 1.º do código penal brasileiro. Além disso, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica, também destaca a legalidade como uma das garantias fundamentais ao direito penal (Art. 9.º).[1]

Cumpre salientar que a abrangência do princípio da legalidade pode ser mais ampla do que o próprio texto constitucional prescreve quando diz: "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (Art. 5.º, XXXIX, CF)":

[1] Artigo 9.Princípio da legalidade e da retroatividade. Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado.

> A abrangência do princípio inclui a pena cominada pelo legislador, a pena aplicada pelo juiz e a pena executada pela administração, vedando-se que critérios de aplicação aos regimes de execução mais severos possam retroagir. No que tange a execução da pena, até mesmo a matéria disciplinar está agora comprometida com a principia da legalidade, como se vê do artigo 45 da Lei de Execução Penal (BATISTA, 2007, p. 68).

Nessa perspectiva, para compreensão deste princípio é necessário visualizá-lo em todas as suas dimensões, para funcionar como verdadeira garantia frente ao poder punitivo estatal. Além da abrangência jurídica, o princípio comporta as dimensões política e técnica. Quanto à primeira, significa a supremacia do Poder Legislativo como órgão que representa os cidadãos frente aos demais poderes do Estado; por outro lado, a dimensão técnica, representa a forma como as normas penais devem ser formuladas (BUSATO, 2020, p. 33-34).

A interpretação correta do sentido político do princípio da legalidade deve ser fiel às suas bases históricas. Desse modo, é importante compreender que o princípio, como dito anteriormente, foi um marco para legitimação do poder e de seu exercício, além de funcionar como aspecto da soberania popular e da divisão de poderes. Assim, a partir do momento que a lei tornou-se expressão da vontade geral, manifestada por representantes eleitos pelo povo, passou a ser a única fonte de todo o direito (BUSATO, 2020, p. 34).

Em decorrência disso, para manter a fidelidade à dimensão política, a norma penal só pode emanar da lei. Diante disso, nenhum outro poder pode exercer a função de controle social através da norma penal e nenhum conteúdo incriminador pode ser determinado por outro ato que não seja o legal. Entretanto, não é correto que na aplicação da lei a única fonte do direito penal seja a lei, pois é possível que o magistrado possa se valer dos costumes, sem isso implicar violação à legalidade penal (LIMA, 2012, p. 108).

Tecnicamente, o princípio da legalidade expressa-se por meio do brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege,* já apresentado. A partir disso, apreende-se que nenhum fato é punível sem haver uma lei anterior o definindo como crime. Ademais, existem três requisitos que devem ser observados a partir desse enunciado: a necessidade de uma lei que estabeleça os delitos e as penas (*lex scripta*); as leis devem ser prévias às condutas que constituem delito e a forma de cumprimento das penas (*lex praevia*); e as leis devem ser claras e precisas (*lex certa e stricta*). Tais requisitos, para grande parte da doutrina penal, constituem-se em verdadeiros desdobramentos da legalidade penal (BUSATO, 2020, p. 37-38).

Visto isso, o princípio da legalidade gera uma série de garantias e consequências em que se manifesta o seu aspecto formal (elaboração da norma) e material (conteúdo) o que, como já exposto, implica em restrições ao legislador e ao intérprete penal. A partir disso, é possível distinguir a mera legalidade (*nulla poena, nullum crimen sine lege*) e a legalidade estrita (*nulla*

lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione). A primeira encontra somente na lei a condição necessária ao delito e à pena; enquanto a segunda, exige outras garantias além da lei, como condição da legalidade (PRADO, 2019, p. 168).

As garantias e consequências elencadas podem ser decompostas em quatro funções essenciais do princípio da legalidade. A primeira função é proibir a retroatividade da lei penal *(nullum crimen nulla poena sine lege praevia*). Através dessa função, entende-se que tudo que se refere ao crime e à pena não pode retroagir em malefício do acusado, contudo, a lei penal pode e deve retroagir quando for benéfica (BATISTA, 2007, p. 68).

A segunda função, é a de proibir a criação de crimes e penas pelo costume (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*). De acordo com a função, somente a lei escrita, promulgada de acordo com as previsões constitucionais, pode criar crimes e penas, excluindo-se os costumes (BATISTA, 2007, p. 70). Entretanto, excluir os costumes dessa função não quer dizer que eles não participem da experiência jurídico-penal, eles desempenham a função integrativa, elucidando os elementos de alguns tipos penais, como, por exemplo, "repouso noturno" (Art. 155, §1º, CP).[2]

Proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*) é a terceira função do princípio da legalidade (BATISTA, 2007, p. 74). Antes de mais nada, convém esclarecer que a analogia é forma de integração da norma e seu uso está relacionado a ausência de norma, deste modo, cabe ao aplicador da lei, valendo-se de casos já regulamentados, completar o pensamento da lei (PRADO, 2019, p. 368).

Para o direito penal, o acesso da analogia ao direito penal criador de crimes e cominador de penas é expressamente vedado. (BATISTA, 2007, p. 76). Entretanto, as portas encontram-se abertas para que a analogia possa cumprir a função integrativa no restante do ordenamento jurídico-penal. Aliás, é reconhecida e admitida a analogia *in bonam partem,* utilizada favoravelmente ao réu. Por fim, ressalta-se que a própria Lei de introdução às normas do direito brasileiro (LINDB) reconhece em seu artigo 4.º a analogia como forma de integração da norma.[3]

Convém salientar que o brocardo latino "*nullum crimen nulla poena sine lege stricta"* é utilizado para representar a terceira função do princípio da legalidade: a taxatividade ou a determinação, desdobramento da legalidade penal. Tal princípio exige que o legislador descreva da forma mais exata possível o fato punível e a pena cominada, em nome da segurança jurídica.

---

[2] Repouso noturno é causa de aumento de pena no crime de furto.

[3] Art. 4º: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Além disso, estabelece margens penais para o julgador: deve ele aplicar e interpretar a norma incriminadora nos limites exatos em que foi formulada.

A última função para o princípio da legalidade é a de proibir incriminações vagas e indeterminadas (*Nullum crimen nulla poena sine lege certa*). Para que o princípio da legalidade seja efetivo, cumprindo com suas funções, já explicitadas anteriormente, é necessário que o legislador evite ao máximo uso de expressões vagas, equívocas ou ambíguas. Nesse sentido, leciona Roxim:

> Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del tus puniendi estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivo general, porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidade (ROXIM, 1999, p. 169).

Embora o mandamento da taxatividade seja essencial para a garantia da segurança jurídica, por sua própria natureza, a ciência jurídica conta com certo grau de indeterminação. O legislador não pode abandonar por completo os conceitos valorativos e as cláusulas gerais que permitem a adequação da norma com o caso concreto (BITENCOURT, 2021, p. 122). No entanto, faz-se necessário que o legislador seja prudente no uso de tais conceitos, para que a interpretação da norma não fique totalmente a cargo de um juízo valorativo pelo magistrado.

Nesse contexto, usando da ponderação, Bitencourt sugere meio-termo:

> […] que permita a proteção dos bens jurídicos relevantes contra aquelas condutas tidas como gravemente censuráveis, de um lado, e **o uso equilibrado das ditas cláusulas gerais valorativa**s, de outro lado, possibilitando, assim, a abertura do Direito Penal à **compreensão e regulação da realidade dinâmica da vida em sociedade**, sem fissuras com a exigência de segurança jurídica do sistema penal, como garantia de que a total indeterminação será inconstitucional. (BITENCOURT, 2021, p. 123) (Grifos nossos)

Deste modo, o princípio da legalidade, fundamento do estado democrático de direito, é o fundamento de um direito penal que aspire à segurança jurídica. Para tanto, faz uso de diversos instrumentos de controle, tais como a lei. Contudo, a legalidade, com fins de assegurar a segurança jurídica, especialmente em um ramo tão contundente como o direito penal, recebe o auxílio da dogmática penal, cuja função é dar consistência e objetividade ao sistema penal, coibindo a discricionariedade do juiz (SANKIEVICZ, 2008, p. 169).

Salienta-se, que a discricionariedade dada ao magistrado no direito penal, diferentemente dos outros ramos, é muito mais limitada. Pode-se afirmar que a reduzida liberdade do juiz, para o direito penal, é fruto de um história cercada de arbitrariedades e

decisionismo judicial que importaram em penas cruéis e desumanas, como visto a partir da evolução histórica demonstrada.

Visto isso, não restam dúvidas da relevância do princípio da legalidade penal para o direito penal e para a salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais. O princípio exprime-se em verdadeira barreira diante do poder de punir do Estado, limitando os poderes legislativo, executivo e judiciário e protegendo um dos direitos mais elementares para o cidadão: a liberdade.

2.3.3 O princípio da humanidade e vedação às penas de caráter perpétuo

Como visto através do levantamento histórico do direito penal já apresentado, a ideia de humanização das penas só foi concebida após um longo período de penas cruéis e degradantes. Das penas de morte, as penas corporais, passou-se, lenta e progressivamente para as penas privativas de liberdade até as restritivas de direito (PRADO, 2019, p. 293). Assim, o princípio da humanidade, não diferentemente dos demais princípios, surge como necessidade de mudança do caráter aflitivo que tinha a pena e do afastamento da discricionariedade em sua aplicação

O princípio da humanidade está vinculado ao fundamento de que é necessário considerar que todo condenado é humano. Deste modo, não pode ser estabelecida nenhuma pena que retire do condenado uma característica que lhe é inata, assim, o conteúdo das penas (natureza, duração) deve ser cuidadosamente observado para não ferir a dignidade da pessoa humana. Torna-se tão importante tais observações que a Declaração Universal dos Direitos humanos (1948) em seu artigo 5 dispõe acerca do tema.[4]

A Constituição Federal de 1988, como já exposto, estabelece, como fundamento do Estado democrático de direito, a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF). Além disso, dispõe expressamente que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" (art. 5.º, XLI, CF); "não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis" (art. 5.º, XLVII, CF); "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral" (art. 5.º, XLIX, CF) (BRASIL, 1998).

Assim exposto, é justamente com fundamento na Dignidade da Pessoa Humana que se radica os alicerces do princípio da humanidade. Em um Estado democrático de direito, as vedações acima expostas constituem-se de verdadeiras garantias do cidadão contra o arbítrio estatal. Além disso, o princípio da humanidade impõe ao Estado limites na aplicação de

[4] De acordo com o artigo 5 da Declaração Universal dos Direitos Humanos "Ninguém será submetido à tortura, n em a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante".

sanções, visto que é expressamente vedado que a pena lesione a constituição física ou psíquica dos condenados (BITENCOURT, 2021, p. 162).

Acerca do tema, Ferrajoli faz uma crítica ao caráter sanguinário que a pena possuiu/possui ao longo tempo, além disso, através de sua lição é possível entender a necessidade da imposição do princípio da humanidade:

> La historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos: porque más despiadadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas y porque mientras que el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, **la violencia infligida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno**. Frente a la fabulada función de defensa social, no es arriesgado afirmar **que el conjunto de las penas conminadas en la historia ha producido al género humano un coste de sangre, de vidas y de padecimientos incomparablemente superior al producido por la suma de todos los delitos.** (FERRAJOLI, 1996, p. 385-386). (Grifos nossos)

Deste modo, hoje, o princípio da humanidade veda expressamente alguns tipos de penas que afetam diretamente a dignidade da pessoa humana. A vedação às penas de morte, as penas e tratamentos desumanos e degradantes, penas de banimento e trabalho forçado e a prisão perpétua e penas de longa duração. Quanto às últimas, pela expressão cunhada na Constituição entende-se desde logo se tratar da vedação à privação de liberdade perpétua, todavia, toda consequência do delito, que ultrapassa a própria pena, deve também cessar em algum momento, não podendo se prolongar no tempo de maneira indefinida (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 162).

Ademais, também é possível compreender que a própria finalidade da pena, explicitada em tópico pertinente, não admite que as suas consequências sejam eternas. Hofmeister Leciona no sentido de que a execução da pena não constitui um fim em si mesma, mas busca sua realização através de medidas e procedimentos de ressocialização ou reeducação (HOFMEISTER, 2002, p. 32). Ademais, não é possível que se adote, com justificativa de punir, penas que mantenham o cidadão à margem da sociedade, impedindo sua reintegração, como é o caso das penas perpétuas.

Embora o princípio da humanidade pareça desvirtuado no sentido de garantir a impunidade de criminosos, é importante esclarecer que nenhum tratamento degradante, como é a pena (e seus efeitos) de caráter perpétuo, cumpre com sequer a finalidade repressiva, objetivada pela teoria absoluta, muito menos preventiva da pena. Ao contrário disso, ao reafirmar o cidadão como delinquente os fins da pena são desvirtuados, já que, sem chances de readaptação, o mais comum é voltar a delinquir e de nada terá adiantado a reprimenda aplicada.

Portanto, humanizar as penas não significa abandonar os critérios de seriedade e severidade com que devem ser cumpridas, pois tal absurdo acarretaria grave insegurança

jurídica. Significa, entretanto, abolir do sistema penal qualquer modalidade de execução ou de efeitos que funcionem como óbice ou impeçam o processo de regeneração do condenado (OLIVEIRA; CUNHA, 2021, p. 37). Sobre isso leciona Bitencourt.

> Um sistema penal somente estará justificado quando a soma das violências — crimes, vinganças e punições arbitrárias — que ele pode prevenir for superior à das violências constituídas pelas penas que cominar. É, enfim, indispensável que os direitos fundamentais do cidadão sejam considerados indisponíveis, afastados da livre disposição do Estado, que, além de respeitá-los, deve garanti-los. **Enfim, nenhuma pena privativa de liberdade pode ter uma finalidade que atente contra a incolumidade da pessoa como ser social, como ocorre, evidentemente, com a pena de prisão perpétua.** (BITENCOURT, 2021, p. 555)**.** (Grifos nossos)

Visto tudo isso, ressalta-se que todo conteúdo apresentado neste capítulo tem fundamental importância para a compreensão dos demais temas que serão abordados adiante. Todos os conceitos, históricos e princípios foram somados a fim de deixar clara a relação íntima existente entre todo o direito penal e a supremacia constitucional. Isso posto, o próximo capítulo abordará o tema dos antecedentes criminais e sua indefinição no ordenamento jurídico pátrio.

3 O INSTITUTO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O instituto dos antecedentes criminais no direito brasileiro sempre foi controvertido. Os questionamentos acerca do tema podem ter irrompido desde a sua normatização, com o código de 1940. A escolha do legislador em não definir o que seriam os antecedentes é um fator que contribuí para as celeumas a pairar sobre essa circunstância judicial. Aliás, nenhuma circunstância judicial foi delimitada na esfera legislativa, afinal, como o próprio nome sugere, tais circunstâncias conferem alto grau de discricionariedade ao juiz que analisa o caso concreto.

Entretanto, a liberalidade conferida ao aplicador lei também faz com que decisões diferentes possam advir de um mesmo caso. Nessa esteira, a doutrina penal do país e a própria jurisprudência nacional ficaram incumbidas de pacificar o tema a fim de garantir a segurança jurídica dos cidadãos. Em primeiro momento, necessitou-se definir o alcance da expressão "antecedentes criminais"; em segundo momento, quais fatos integravam o conceito; em terceiro momento, quais documentos hábeis para analisar os antecedentes; e por fim, a (não) existência de lapso temporal para os antecedentes criminais.

Embora muitos dos temas acima expostos estejam de certa forma "pacificados" sempre existirão debates capazes de despertar a (re) significação de tais entendimentos. Além disso, é característica própria do direito, como já exposto ao longo do trabalho, a carência de ajustar-se ao tempo e ao espaço, conforme a necessidade exigida pela sociedade. Assim, apontar os fundamentos que levaram a compreensão do que são hoje "antecedentes criminais" mostra-se fundamental para atingir os objetivos desse trabalho.

Todavia, antes de despertar o tema, faz-se necessário destacar a escassez de trabalhos científicos que versem sobre as origens dos antecedentes criminais. Em decorrência disso, buscou-se, através dos estudos existentes sobre os registros criminais, fazer um levantamento sobre o assunto. Ao contrário do que ocorre com a origem e a evolução, o conceito, bem como com a natureza jurídica e, de certa forma, os efeitos dos antecedentes, são debatidos pelas doutrinas penais modernas, não se encontrando maiores dificuldades em reunir trabalhos científicos para apresentá-los.

Sobre o tema, destaca Sérgio Sobrinho:

> […] antecedentes criminais é assunto de que, inicialmente, todo estudante imagina conhecer e não se permite analisá-lo por considerar algo sabido de antemão e com reduzidas possibilidades de investigação em face do seu caráter burocrático. Ocorre que essa sensação desaparece ao aprofundar o estudo do tema, surgindo no seu lugar vários problemas e singularidades que transformam a visão acanhada daquele que

> imagina bem conhecer os antecedentes criminais (SÉRGIO SOBRINHO, 2009, p. 52).

A partir disso, o presente capítulo fará um breve levantamento sobre a origem e evolução história dos antecedentes criminais, a fim de demonstrar os caminhos percorridos até os conceitos atuais sobre o tema. Em seguida, delimita-se o conceito de antecedentes criminais, discorrendo-se acerca de seus controvertidos pontos e logo após, expõe-se a natureza jurídica do instituto. Seguidos desses temas, evidencia-se as diferenças e semelhanças do instituto dos antecedentes criminais com o instituto da reincidência, ressaltando a diferença na aplicação do período depurador de cinco anos. Por fim, apresentam-se os principais efeitos da valoração negativa dos antecedentes criminais.

3.1 APONTAMENTOS SOBRE A ORIGEM E EVOLUÇÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS

Os antecedentes criminais, como se entendem hoje, surgiram com a necessidade de organização de um sistema que registrasse e apontasse as digressões penais de um indivíduo na sociedade. Assim, os estudos sobre esse instituto demonstram que a ideia de antecedentes criminais está intimamente relacionada com o surgimento dos registros criminais. Nesse ponto, sugere-se que as primeiras representações do que se entende por antecedentes criminais surgiram na França, em 1850, com o sistema Bonneville Marsagny (COSTA *apud* SÉRGIO SOBRINHO; 2009, p. 52).

O Bonneville Marsagny foi, para época, um moderno sistema que objetivava concentrar os antecedentes pessoais dos delinquentes em arquivos para que pudessem ser utilizados mais tarde como atestado de culpa ou de sua ausência. Deste modo, através desse sistema, era possível obter um centro de documentação em que permaneciam os antecedentes criminais dos envolvidos em práticas criminosas, ao mesmo tempo que funcionava como espécie de punição autônoma para o delinquente, pois tornava pública a condenação, estigmatizando a pena (SÉRGIO SOBRINHO, 2009, p. 52).

Apesar de o sistema Bonneville Marsagny ter se mostrado pioneiro na documentação dos antecedentes criminais, séculos antes esse registro já podia ser visualizado, mas não em documentos oficiais e sim no próprio corpo do condenado (SERGIO SOBRINHO, 2009, p.52). Deste modo, semelhante ao desenvolvimento da pena e do direito penal, a evolução dos antecedentes criminais também percorreu caminhos cruéis. A vida pregressa em matéria

criminal de um condenado era, do período medieval até o iluminismo, sua marca eterna, em decorrência da crueldade e da publicidade da própria pena.

O período medieval, como visto anteriormente, pode ser considerado o mais cruel da história do direito penal. As penas aplicadas tinham por finalidade infligir um mal ao próprio corpo do delinquente, assim, diversas modalidades de mutilação, tais como o arrancamento de dedos das mãos, das orelhas, olhos e até da língua funcionavam como punição, ao mesmo tempo em que faziam papel de registro criminal no indivíduo.

Além disso, o período medieval ficou caracterizado pela utilização das marcas de ferro ou as chamadas "marcas penais". Tal sistema, para época, foi considerado também como uma forma válida para comprovar os envolvimentos anteriores de um cidadão com o sistema penal (COSTA *apud* SÉRGIO SOBRINHO, 2009, p. 56).

Salienta-se que, nas penas de mutilações e nas marcações pelo ferro quente, não havia presunção absoluta dos antecedentes criminais. O emprego de tais práticas era vedada a determinados tipos de delito e a certas pessoas (SÉRGIO SOBRINHO, 2009, p. 51). Por exemplo, como visto anteriormente, no período germânico, era comum a substituição das penas, como a de mutilação, pelas sanções pecuniárias, entretanto, isso não diminuiu a intensidade da pena, pois, somente os integrantes das classes sociais mais privilegiadas podiam se ver livres do sofrimento corporal.

No final do período medieval, utilizaram-se do estigma e da infâmia como instrumentos de controle social. De certo modo, tais instrumentos eram utilizados como forma de demonstrar os antecedentes criminais de um indivíduo. A infâmia pode ser compreendida como juízo pessoal sobre a personalidade de determinado sujeito que decorria de qualquer fato julgado à época como indigno. Esse juízo de valor era publicizado através da própria fala, gerando, assim, o efeito estigmatizante, e em simultâneo, cumprindo com o papel acessório de resgatar, quando necessário para aplicação de uma nova pena, o fato indigno (SÉRGIO SOBRINHO, 2009, p. 38-44).

Com o fim da era medieval e início da modernidade, o controle social exercido pela infâmia e pelo estigma da pena não cumpriam mais adequadamente o papel de registrar os antecedentes criminais dos indivíduos. Assim, com a mudança de pensamento provocado pelo século das luzes, as penas brutais e os espetáculos públicos que estigmatizavam os infratores deixaram de figurar com as principais e a exigência de um sistema menos cruel para registrar os antecedentes criminais surgiu. Portanto, foi nesse contexto, que sistema Bonneville Marsagny foi criado (SÉRGIO SOBRINHO, 2009, p. 57).

No Brasil, não há doutrina que aponte para o surgimento e evolução dos antecedentes criminais. Na mesma esteira, Sérgio Sobrinho aponta que: “É difícil traçar a linha evolutiva do registro criminal no Brasil, porque aqui o assunto não sofreu desenvolvimento intenso, como ocorreu nos referidos países da Europa, e foi pouco tratado pela doutrina nacional” (SÉRGIO SOBRINHO, 2009, p. 67).

Entretanto, é possível mencionar que desde as ordenações do reino de Portugal até as ordenações filipinas havia certa preocupação com a vida pregressa dos delinquentes (PIERANGELI, 2001, p. 197-198). Visto isso, faz-se necessário apontar as definições mais atuais dos antecedentes criminais.

3.2 O CONTROVERTIDO CONCEITO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS

De modo geral, a palavra “antecedentes” pode ser definida como: “Os fatos ocorridos anteriormente, que permitem supor o que poderá ocorrer em seguida. Atos ou fatos do passado de um indivíduo, relevantes para certo fim.” (ANTECEDENTES, 2022). Assim, o conceito da palavra muito se aproxima do que se entende por antecedentes criminais. A partir disso, pode-se conceituar o instituto como: os envolvimentos criminais pretéritos de um indivíduo, utilizados para fins de apreciação de uma conduta presente.

Embora o conceito acima apresentado seja muito genérico para definir o que seria de fato para o direito penal brasileiro “antecedentes criminais”, é nesse sentido que a legislação criminal brasileira emprega o termo, afinal, não teve a preocupação de defini-lo. Deste modo, coube a doutrina e a própria jurisprudência conceituar, restringir e debater o instituto, a fim de adequá-lo as exigências do tempo e do espaço, além de acomodá-lo em um Estado Constitucional de Direito.

Nucci trata, inicialmente, dos antecedentes como tudo que aconteceu, na esfera penal, ao agente antes do fato criminoso, ou seja, seu passado criminal. Além disso, acrescenta que os antecedentes podiam ser entendidos desde o passado criminal até a conduta social do agente. Entretanto, aponta o autor que com a reforma ocorrida no código em 1984, o sentido dos antecedentes criminais esvaziou-se, pois, a mudança inseriu a “conduta social” como critério para aplicação da pena.

Assim, Nucci defende a ideia de que os antecedentes distinguem-se da conduta social e com ela não se confunde, devendo ser considerado apenas o que está na folha corrida do acusado (NUCCI, 2020, p. 226).

Diversamente, entendem Carvalho e Carvalho que e os antecedentes:

> […] **praticamente se confundem com a conduta social,** que se refere às relações do acusado com sua família e sua adaptação ao trabalho, ao estudo, a um estilo de vida honesto ou reprovável […] a inserção do termo "conduta social" entre os critérios da aplicação da pena, na reforma da parte geral de 1984, levou parte considerável da doutrina a defender que tal elemento resultara de um desdobramento do preceito relativo aos antecedentes do condenado. Assim, já se afirmou que a nova circunstância nada mais seria do que especificação da cláusula preexiste, relativa à análise dos fatores que compõem os antecedentes do agente. Conclui, portanto, que por essa razão, **não é possível estabelecer, com nitidez, uma separação clara entre ambos os elementos, tratados muitas vezes como gênero e espécie, o que, em última análise, não permite uma diferenciação absoluta entre as noções que os informam.** (CARVALHO; CARVALHO, 2002, p. 55-56). (Grifos nossos)

A questão sobre a conduta social do agente ser utilizada ou não para verificação dos antecedentes criminais sempre foi polêmica e bastante debatida pela doutrina e jurisprudência. Há na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) tanto decisões que ampliam o conceito de antecedentes criminais para considerar a conduta social, quanto para tratar do instituto restritivamente.

De fato, a diferenciação entre antecedentes criminais e conduta social (antecedentes sociais) mostra-se tão difícil que por diversas vezes os magistrados, no momento de aplicação da pena, fazem confusão entre os institutos, cabendo aos tribunais superiores dirimir as dúvidas existentes. É o que pode ser notado através da ementa a seguir que exprime a posição restritiva adotada, naquele contexto, pelo STF:

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO. FUNDAMENTO PARA DESVALORAR OS MAUS ANTECEDENTES E A CONDUTA SOCIAL. MOTIVAÇÃO INADEQUADA. 1. **A circunstância judicial conduta social, prevista no art. 59 do Código Penal, compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos**. Vale dizer, **os antecedentes sociais do réu não se confundem com os seus antecedentes criminais. São vetores diversos, com regramentos próprios.** Doutrina e jurisprudência. 2. Assim, revela-se inidônea a invocação de condenações anteriores transitadas em julgado para considerar a conduta social desfavorável, sobretudo se verificado que as ocorrências criminais foram utilizadas para exasperar a sanção em outros momentos da dosimetria. 3. Recurso ordinário em habeas corpus provido. (Grifos nossos)
>
> (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em Habeas corpus 130132. Relatoria: Min. Teori Zavascki, 10/05/2016)

Em sentido contrário ao já apresentado, Estefam leciona que a discussão acerca da extensão dos maus antecedentes tem pouca relevância. Para o jurista, mesmo com a adoção da posição restritiva, a conduta social do agente será analisada de qualquer forma para compor o rol de circunstâncias judiciais analisadas pelo magistrado (Estefam, 2022, p. 1090). Entretanto, ressalta-se que a distinção mostra-se sim pertinente quando os mesmos motivos utilizados pelo

juiz para exasperar a pena por considerar os maus antecedentes são invocados também para desvalorar a conduta social. Aliás, é exatamente esse o teor da decisão acima exposta.

Ainda de acordo com Estefam, os maus antecedentes não devem ser restritos às inscrições criminais expostas na folha corrida. Explica o autor que as eventuais passagens pela vara da infância e da juventude devem ser também consideradas para compor os antecedentes criminais negativos (ESTEFAM, 2022, p. 1091). Esclarece-se que não é essa a posição adotada pelos Tribunais superiores, não sendo permitida a utilização de atos infracionais para fins de aferir os maus antecedentes ou ainda a reincidência, visto que não podem ser consideradas infrações penais. Entretanto, tais fatos podem ser sopesados na análise da personalidade do agente é o que se pode extrair de um dos entendimentos do Superior Tribunal de Justiça.[5]

Outra discussão que gira em torno da temática é a extensão do que pode ou não ser considerado para fins de aferir se há maus antecedentes. Embora haja entendimento predominante no sentido de que somente sentenças penais irrecorríveis que não geram reincidência podem ser empregadas para considerar determinada pessoa portadora de maus antecedentes, alguns juristas entendem diversamente.

O pensamento dominante acerca dos maus antecedentes decorre da aplicação do princípio da presunção de inocência. Tal garantia é descrita no artigo 5.º, LVII, da Constituição Federal e no artigo 283 do Código de processo penal (CPP). Assim, processos em andamento ou com sentença absolutória e inquéritos policiais arquivados ou em curso não tem condão de gerar maus antecedentes.

É nesse sentido que dispõe a súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça (STJ): "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".[6] O entendimento sumulado do STJ surgiu após inúmeros precedentes do tribunal que entendiam pela referida vedação.[7] Ademais, o próprio STF, em sede de recurso extraordinário reiterou esse entendimento majoritário no ano de 2014. [8]

No entanto, embora sumulada, a posição adotada pelo STJ encontra-se bastante fragilizada em decorrência das inúmeras mudanças de sentido feitas pelo STF ao interpretar o princípio da presunção de inocência. No julgamento do Habeas Corpus (HC) número 152752,

---

[5] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 510354. Relatoria: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. 20;05/2019.

[6] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n° 444. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

[7] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 142241. Relatoria: Min. Arnaldo Esteves de Lima, 15/1 2/2019.

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 591054. Relatoria: Min. Marco Aurélio de Melo, 01/08/2014.

a suprema corte brasileira adotou entendimento de que o implemento da execução provisória da pena é desdobramento normal dos efeitos da sanção. [9]

Deste modo, nesse momento, o cumprimento da pena poderia ser iniciado a partir da condenação em primeiro grau. Com base nessa interpretação, Gabriel defende que:

> Não pode a magistratura, atenta a criminalidade profissional que assola a pátria, equiparar pessoas que nunca responderam e não respondem a nenhum processo criminal, a outros que registram condenação, ainda que em 1º grau, em sua folha de antecedentes criminais, sob pena de se vilipendiar o direito fundamental de igualdade substancial (art. 5.º, CRFB/88) e a garantia constitucional de adequada individualização da pena (art. 5.º, XLVI, CRFB/88) (GABRIEL, 2021, n.p)

Em sentido contrário ao apresentado acima, Bissoli Filho entende que mesmo com amplitude do conceito de antecedentes criminais, não é possível utilizar processos e inquéritos em trâmite, assim como inquéritos arquivados para avaliar os maus antecedentes. Para o autor, é necessário oportunizar ao acusado pleno direito de defesa para contraditar os fatos a ele imputados (BISSOLI FILHO, 1997, p. 68). Assim, muito além da garantia da presunção de inocência, a caracterização dos antecedentes criminais como "maus" deve conformidade as exigências do devido processo legal e ampla defesa, respectivamente expressos no artigo 5°, incisos LIV e LV, da CF (BRASIL, 1998).

Destaca-se que, após amplos debates, no ano de 2019, o STF voltou a apreciar o tema da presunção de inocência no julgamento das ações direitas de constitucionalidade (ADC) 42, 43 e 54. Nesse contexto, entendeu o plenário pela constitucionalidade do artigo 283 do CPP e aplicabilidade da garantia da presunção de inocência, descrita no art. 5°, LVII, da CF. Assim, hoje, apesar das divergências, o cumprimento de pena só pode ser iniciado após sentença condenatória transitada em julgado.

Deste modo, não se encontrando superada a mencionada súmula 444 do STJ, apesar dos entendimentos em contrário, e levando-se em conta o exposto acima, podem ser usados para fins de antecedentes criminais apenas as condenações com trânsito em julgado que não são aptas a gerar reincidência.

Ademais, destaca-se que o documento hábil a ser utilizado para fins de atestar os antecedentes criminais é a folha de antecedentes juntada ao processo. Entretanto, leciona Gonçalves se a folha de antecedentes criminais apontar alguma consideração anterior, a certidão detalhada junto à vara criminal da qual adveio a sentença deve ser juntada para se atestar o trânsito em julgado (GONÇALVES, 2022, p. 674). Por outro lado, Nucci adverte que a prova ideal para consulta dos antecedentes criminais é a certidão cartorária, pois a folha de

[9] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 152752. Relatoria: Min. Edson Fachin. 04/04/2018.

antecedentes pode conter informações não precisas. Para a jurisprudência, a folha de antecedentes é documento hábil (NUCCI, 2020, p. 627).

A partir dos conceitos e debates apresentados, é possível perceber algumas características intrínsecas à antecedência criminal: restritividade, negatividade, subjetividade, relatividade e a perpetuidade. Hoje, trata-se de conceito restrito, pois se limita a analisar as condenações definitivas, conforme já exposto. [10] São negativos porque os antecedentes positivos tendem a ser desprezados na aplicação da pena. Subjetivos porque as condutas passadas da vida do réu são analisados de acordo com os valores do julgador. Relativos tendo em vista que são basicamente registros policiais. E perpétuos porque não ensejam limitação temporal (BISSOLI FILHO, 1997, p. 65-71).

Acerca da característica da subjetividade, faz-se relevante apontar:

> Os antecedentes criminais traduzem dupla intencionalidade. Se por um lado são aptos a apresentar um "caudal informativo mais que notável" para a individualização da pena, por outro servem como reprodutores de "indubitável tendência" a potencializar inclinações preconcebidas de alguns juízes e promotores que avaliam com maior rigor aqueles que ostentam anotações criminais. Além dessa avaliação subjetiva, o efeito objetivo que os antecedentes indicados pelo registro pode causar é intenso […] (GROSSO GALVAN *apud* SÉRGIO SOBRINHO, 2009, p. 162).

Apresentados os conceitos e as principais controvérsias sobre o instituto dos antecedentes criminais, mostra-se necessário analisar o conceito de acordo com a sua posição topográfica no ordenamento jurídico, ou seja, definir a sua natureza jurídica.

3.3 NATUREZA JURÍDICA DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS

A definição da natureza jurídica dos antecedentes criminais reivindica considerações sobre a aplicação da pena. Nessa perspectiva, destaca-se que a aplicação é uma das fases de individualização da pena. A primeira dessas fases é de individualização legislativa, na qual ocorre a escolha do bem jurídico tutelado, a normatização desse bem e a cominação de reprimenda pela violação da norma que tutela o bem; a segunda fase é justamente a individualização por parte do julgador que comina a pena em abstrato e em seguida procede a sua aplicação; a última fase é a de execução da pena (GRECO, 2015, p. 628).

Na segunda fase de individualização da sanção, o legislador penal, a fim de auxiliar o magistrado na aplicação da pena, delineou etapas obrigatórias que deverão ser apreciadas, sob pena de nulidade processual (GRECO, 2015, p. 628). Ademais, em observância ao que dispõe

[10] A primeira característica apontada pelo autor, originalmente, é a de "amplitude", pois, na época, os antecedentes tratavam de qualquer fato pretérito.

a segunda parte do art. 59 do CP, já mencionado, a pena encontrada pelo magistrado nessa etapa deverá preservar os fins retributivos e preventivos da reprimenda.

Assim, para fins de cálculo da pena, o artigo 68 do código penal determina que o magistrado encontre, em primeiro momento, a pena base, sobre a qual incidirão os demais cálculos. Depois desse momento, o juiz considerará as circunstâncias atenuantes (art. 61, CP) e agravantes (art. 65, CP), dentre as quais, como agravante, encontra-se a reincidência. Por fim, aplicará as causas de aumento e diminuição de pena (BRASIL, 1940).

Interessa-nos a primeira fase, a fixação da pena base. É nesse momento que o magistrado observará as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP, dentre as quais está "os antecedentes criminais", conforme redação do artigo:

> 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. (Grifo nosso) (BRASIL, 1940, n.p).

Deste modo, os antecedentes criminais possuem natureza jurídica de circunstância judicial, apreciada pelo magistrado no primeiro momento da dosimetria da pena. Sobre o termo "circunstância judicial", esclarece Estefam que o próprio nome já demonstra a característica principal dessa fase: o amplo grau de discricionariedade conferido ao magistrado. Ademais, ressalta o jurista que o legislador não estabeleceu nenhum critério de aferição das circunstâncias judiciais, cabendo, portanto, ao magistrado, atribuir o peso que achar necessário a cada uma delas (ESTEFAM, 2022, p. 1086).

Distintamente dos antecedentes criminais, a reincidência, como ressaltado acima, é aplicada na segunda etapa da dosimetria da pena, entretanto, essa não é a única distinção existente entre os dois institutos. As demais diferenças serão expostas adiante para dirimir qualquer imprecisão que possa existir entre os dois institutos que podem se assemelhar.

3.3 ANTECEDENTES CRIMINAIS E REINCIDÊNCIA

A reincidência, em termos comuns, pode ser compreendida como a repetição de um ato, para o direito penal: repetição de um ato criminoso. Quanto a natureza jurídica, a recidiva é uma agravante genérica com caráter preponderante sobre as demais causas agravantes (Art. 61, I e 67, CP).[11] Diferentemente dos antecedentes criminais, o instituto da reincidência foi definido pelo legislador no artigo 63 do código penal:

[11] Art. 61 — São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência. 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.

> 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

Greco esclarece que da redação do artigo refere-se a três fatos essenciais para a caracterização da reincidência, sendo eles: a prática de um crime anterior; trânsito em julgado da sentença condenatória; e a prática de um novo crime após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (GRECO, 2015, p. 644).

Quanto ao primeiro fato, pode-se aduzir que o código penal afastou a hipótese de se considerar reincidente o sujeito que comete uma contravenção anterior e em seguida é condenado por sentença irrecorrível pela prática um crime. Entretanto, a situação contrária pode ensejar a reincidência em decorrência da determinação contida no art. 7° da Lei de Contravenções penais (LCP) [12]. Assim, é o agente é considerado reincidente quando pratica um crime sendo condenado irrecorrivelmente, logo em seguida comete uma contravenção. Além disso, conforme disposição do mesmo artigo, é reincidente quem pratica contravenção e em seguida pratica nova contravenção.

Quanto ao segundo fato, tal qual acontece com os maus antecedentes, na reincidência, apenas condenações criminais transitadas em julgado podem ser utilizadas para agravar a pena. Semelhantemente ao que já foi debatido sobre os maus antecedentes, tal disposição tem finalidade preservar o princípio da presunção de inocência, descrito no artigo 5.º, LVII, da Constituição Federal e no artigo 283 do Código de processo penal (CPP).

No que diz respeito ao terceiro fato, se o novo crime for comedido entre a sentença e o prazo para recurso da decisão que condenado o réu, não servirá para efeitos de reincidência (GRECO, 2015, p. 644). Além disso, a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, não pode ser considerada para fins de reincidência.

Deste modo, como exposto acima, alguns fatos não conseguem gerar reincidência, todavia, podem ser considerados para fins de maus antecedentes. Deste modo, são, por exclusão, hipóteses de reincidência: condenações anteriores por contravenção penal quando o agente comete posteriormente um crime; condenações definitivas cuja pena tenha sido extinta há mais de 5 anos em relação ao cometimento do novo delito; e condenações definitivas

[12]Art. 7.º Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção.

transitadas em julgado após a prática do novo crime, porém antes da sentença (GONÇALVES, 2022, p. 676).

A primeira hipótese decorre de expressa previsão do artigo 63 quando se refere apenas a "crimes" em seu texto legal. Já no que tange segunda, será vista adiante em tópico próprio que tratará especificamente do período depurador para a reincidência e para maus antecedentes. Quanto a última hipótese elencada acima, destaca-se a decisão da 1.ª turma criminal do Tribunal de Justiça do distrito Federal ementa a seguir:

> PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DA DEFESA. RECEPTAÇÃO DOLOSA. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVADAS. CIÊNCIA DA ORIGEM ILÍCITA DO CELULAR. DEMONSTRADA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. FATO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR. MAUS ANTECEDENTES. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO CONFIGURADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Consoante firme entendimento desta Corte de Justiça, o crime de receptação implica na inversão do ônus da prova, incumbindo ao acusado demonstrar a procedência regular do bem ou o seu desconhecimento acerca da origem ilícita, o que não ocorreu na hipótese vertente. 2. Se as circunstâncias singulares que permearam o fato, corroboradas pelo acervo oral, comprovam o dolo do delito imputado ao réu, incabível a sua absolvição. 3. Comprovadas nos autos a materialidade e a autoria do crime de receptação, a condenação do apelante é medida que se impõe. **4. A condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito que ora se processa, embora não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes e ensejar o acréscimo da pena-base.** 5. A atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, seja ela judicial ou extrajudicial, e mesmo que o réu venha a dela se retratar, quando a manifestação for utilizada para fundamentar a condenação. 5.1. Contudo, o apelante não confessou o crime praticado, pois permaneceu em silêncio na fase processual e negou ter ciência da origem ilícita do bem na fase inquisitorial. 6. Recurso conhecido e desprovido. (Grifo nosso)
>
> (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (1ª Turma criminal). Apelação 07143431820198070003. Relatoria: Des. Carlos Soares Pires Neto. 23/06/2021)

Importante salientar ser possível que um indivíduo possua diversas condenações criminais transitadas em julgado que podem configurar a reincidência, mas somente uma delas pode ser utilizada para agravar a pena na segunda fase da dosimetria. As demais condenações serão usadas para caracterizar os maus antecedentes. Destaca-se, porém, o caráter prioritário para a reincidência criminal, somente quando não for possível aplicar a condenação anterior na segunda fase é que se prestará para os antecedentes criminais (GONÇALVES, 2022, p. 676-677).

Entretanto, ressalta-se que a possibilidade acima elencada só poderá acontecer quando tratar-se de condenações por fatos diversos. É nesse sentido que dispõe a súmula 241 do STJ: "A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e,

simultaneamente, como circunstância judicial".[13] Desta forma, é vedado, em decorrência do princípio do *no bis in idem*, a aplicação do mesmo fato para configurar a reincidência e os maus antecedentes. Sobre o tema:

> APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PENA - DIMINUIÇÃO - IMPERIOSIDADE - RECONHECIMENTO SIMULTÂNEO DA REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES - 'BIS IN IDEM'. - Demonstradas satisfatoriamente a autoria e a materialidade do crime de tráfico de entorpecente, há que se manter a condenação, decretada em primeiro grau - Restando comprovado que a acusada mantinha em depósito substância entorpecente, com o fim de mercancia, correta se mostra a sua condenação pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06 - **A reincidência torna insubsistente a exasperação da pena-base por causa dos maus antecedentes criminais do agente, não só porque os absorve para evitar 'bis in idem', mas também porque tal circunstância deverá ser obrigatoriamente levada em conta no cálculo da reprimenda, a título de circunstância agravante.** (Grifo nosso)
>
> (MINAS GERAIS. Tribunal de justiça de Minas Gerais (2.ª Turma criminal). Apelaç ão: 10707091897298001. Relatoria: Des. Beatriz Pinheiro Caires. 15/07/2010)

3.3.1 O período depurador da reincidência e os maus antecedentes

Destarte, como exposto acima, após o período de cinco anos entre o cumprimento definitivo da pena do crime anterior e a prática de um novo crime, a condenação criminal não pode mais ser utilizada para fins de reincidência, mas pode ser utilizada para caracterizar os maus antecedentes. Esse período de cinco anos é comumente chamado de prazo depurador, quinquenal ou limitação temporal da reincidência. Assim, tendo em vista a relevância do tema, será tratado em tópico próprio.

É o artigo 64, inciso I, do código penal que estabelece o prazo de prescrição da condenação anterior para efeito da reincidência:

> 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;

O período depurador para a reincidência não constava na redação original do código penal, sendo o inciso acima mencionado acrescido em 1984. Acerca disso, Jesus leciona que originalmente, o legislador brasileiro adotou o sistema da perpetuidade da reincidência, enquanto a atual parte do código penal adota o sistema da temporalidade. Ainda conforme o

[13] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 241. A reincidência penal não pode ser considerada como c ircunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.

autor, há três sistemas distintos que tratam a respeito da eficácia temporal da condenação anterior para efeito da reincidência: perpetuidade, sistema misto e o da temporariedade (JESUS, 2020, p.718).

Para o sistema da perpetuidade, não importa o lapso temporal existente entre a última condenação e a nova condenação, pois quanto maior o período de tempo, mais consolidada é a tendência criminosa do agente (JESUS, 2020, p.718). A tendência criminosa do agente é uma característica, como já exposto, defendida pela escola positivista do direito penal. Nota-se, portanto, uma íntima relação ao ideal de "criminoso nato", amplamente defendida por todas as vertentes da escola positivista, e a perpetuidade dos efeitos da pena.

O sistema misto, mais inclinado ao sistema da perpetuidade, estabelece critérios para atenuação da pena, conforme o transcurso de tempo. Assim, quanto maior o tempo entre a condenação anterior e a prática do novo crime, menor é a agravação da pena, para fins de reincidência. É essa uma posição intermediária daqueles que reconhecem o efeito atenuativo do tempo na conduta do sujeito (JESUS, 2020, p. 718).

O sistema da temporariedade estabelece um prazo para que a reincidência não se opere mais. Desta forma, não há reincidência entre o termo a quo e prática de um novo delito após transcorrido o lapso temporal. No entanto, embora as condenações anteriores atingidas pelo prazo depurador não possam ser usadas para fins de recidiva penal, são utilizadas para agravar a pena base, compondo os maus antecedentes. Portanto, a posição adotada atualmente quanto aos maus antecedentes é a da perpetuidade.

O entendimento sobre a utilização das condenações anteriores, atingidas pelo prazo quinquenal de cinco anos, para caracterizar os maus antecedentes não é um entendimento pacificado, embora existam decisões judiciais, inclusive com repercussão geral, sobre o tema. Acerca da temática, é necessário expor as posições adotadas pela doutrina e as já defendidas pela jurisprudência pátria.

Conforme exposto por Jesus, a aplicação da temporalidade só se aplica para reincidência, em razão das próprias palavras utilizadas no inciso I do artigo 63, do CP. Para o autor, a condenação anterior não prevalece para "efeito de reincidência", significa, portanto, que se mantém para outros efeitos penais, como os maus antecedentes (JEJUS, 2020, p. 720).

No mesmo sentido, Capez e Nucci entendem pela perpetuidade dos antecedentes criminais. Discorre o primeiro jurista que a condenação anterior atingida pelo prazo da reincidência caducou para esse fim, no entanto, continua válida para os maus antecedentes (CAPEZ, 2022, p. 1174). Enquanto isso, o segundo estudioso entende que os maus antecedentes

devem ser avaliados pelo magistrado no caso concreto, de acordo com sua discricionariedade (NUCCI, 2020, p. 628).

No entanto, ambos os doutrinadores imediatamente supracitados defendem certa ponderação do magistrado na aplicação dos maus antecedentes. Capez argumenta que com o passar do tempo, as condenações anteriores vão perdendo força sobre as penas de futuros crimes. Todavia, essa análise depende de cada caso concreto (CAPEZ, 2022, p.1174). Nucci também aponta que a apreciação sobre aplicação ou não dos maus antecedentes seja definida conforme o caso concreto. Ademais, leciona que deve existir conexão entre o crime anterior, cometido a qualquer tempo e o novo crime (NUCCI, 2020, p. 628).

Diversamente, Bitencourt advoga no sentido de se aplicar a limitação temporal aos maus antecedentes, utilizando, para tanto, do método integrativo da analogia (BITENCOURT, 2021, p. 2049). Do mesmo modo, Almeida defende o uso da *analogia in bonam partem* para se aplicar a delimitação temporal aos maus antecedentes. Além disso, acrescenta o autor, que tal entendimento tem por base princípios constitucionais e a humanização do direito penal (ALMEIDA, 2009, p. 331-332).

Para Bissoli Filho, não há justificativa no tratamento diferenciado quanto ao prazo quinquenal da reincidência para os maus antecedentes. Entende o jurista que a reincidência nada mais é do que uma espécie do gênero antecedentes criminais, pois ambas se prestam a analisar a vida pregressa de um indivíduo. Além disso, defende que a influência perpétua dos maus antecedentes na vida do sujeito resulta em efeitos altamente estigmatizantes, reduzindo, deste modo, as suas condições de sobrevivência (BISSOLI FILHO, 1997, p. 58 e 71).

De modo muito semelhante, Busato entende haver incongruência na aplicação da temporariedade para a reincidência e não para os antecedentes criminais. Conforme o jurista, o mesmo sistema repressor oferece duas repostas semelhantes para circunstâncias idênticas. De um lado, afirma que o fato criminoso praticado anteriormente pelo sujeito, cuja pena há tempos foi cumprida, já não pode influir na sua pena. Por outro lado, diz que diante de um novo fato criminoso, o anterior, supostamente esquecido, pode ser retomado, com o fim de agravar a sua pena base (BUSATO, 2010, p. 13).

Ademais, no que se refere a jurisprudência pátria, pode-se afirmar não haver consenso no Supremo Tribunal Federal quanto ao assunto, embora, hoje, haja decisão pacificada. Já no que tange ao Superior Tribunal de Justiça, a posição sempre foi pacífica no sentido de não aplicar o prazo depurador para os maus antecedentes (NUCCI, 2020, p.628). De fato, observa-se um grande número de decisões do STJ, sejam colegiadas, sejam monocráticas seguindo a tendência da perpetuidade dos maus antecedentes.

Todavia, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, destaca-se a decisão monocrática, frequentemente rememorada, do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro que compunha a 6.ª turma da corte em 1993:

> O art. 64, I, CP, determina que, para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração anterior houver decorrido período superior a 5 (cinco) anos. O dispositivo se harmoniza com o Direito Penal e Criminologia modernos. O estigma da sanção criminal não é perene. Limita-se no tempo. Transcorrido o tempo referido, sem outro delito, evidencia-se ausência de periculosidade, denotando, em princípio, criminalidade ocasional. O condenado quita sua obrigação com a justiça penal**. A conclusão é válida também para os antecedentes. Seria ilógico afastar expressamente a agravante e persistir genericamente para recrudescer a sanção aplicada** (BRASIL,2001, p.124). (Grifo nosso)

Em contrapartida, no ano de 2019, o Ministro Nefi Cordeiro deu provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão de segundo grau que afastava a aplicação dos maus antecedentes em razão do prazo depurador de 5 anos. Aliás, a decisão em sede de recurso, reformada pelo STJ, utilizou como justificativa para o afastamento dos maus antecedentes a tese apontada pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, supracitada.

> RECURSO ESPECIAL Nº 1.845.771 - RS (2019/0322330-9) RELATOR: MINISTRO NEFI CORDEIRO RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL RECORRIDO: CANDIDA NICOLASSA PEREIRA MONTANHA ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DECISÃO Trata-se de recurso especial em face de acórdão assim ementado: PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. CRIME DO ART. 334 DO CP. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. ANTECEDENTES QUE SUPERAM O PERÍODO DEPURADOR. ART. 64, I, DO CP. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. NOVA INTERPRETAÇÃO. VEDAÇÃO DE ADOÇÃO DE PENA PERPÉTUA. APLICAÇÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STF. RECURSO PROVIDO. É sabido que para o agravamento da reprimenda é possível, em muitos casos, considerar a reincidência. E para efeitos da reincidência (art. 64, I, do CP), contam-se apenas condenações com penas já cumpridas e que estejam dentro do período depurador máximo de 05 anos antes do novo fato criminoso. **Por sua vez, condenação transitada em julgada por fato criminal anterior ao período depurador de cinco anos não pode agravar a pena pela reincidência, mas pode ser considerada na primeira fase da dosimetria para aumentar a pena-base também pela valoração negativa da diretriz "antecedentes"**(Grifo nosso)
>
> (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 1845771. Relatoria: Min. Nefi Cordeiro. 10/12/2019)

Quanto à corte Suprema do país, as decisões acerca da (não) aplicação do período depurador serão analisadas com mais detalhes no último capítulo desta monografia. Entretanto, preliminarmente, ressalta-se que a divergência dos entendimentos acerca do assunto, antes de sua pacificação, ocorria entre as turmas do egrégio tribunal.

Visto tudo isso, faz-se necessário apresentar em tópico próprio os efeitos dos maus antecedentes para o condenado no direito brasileiro. Tais considerações são muito importantes, pois demonstram a importância da análise do instituto.

3.4 OS EFEITOS DOS MAUS ANTECEDENTES PARA A PENA E PARA O CONDENADO

Como citado ao iniciar o capítulo presente, pressupõe-se que se sabe sobre a complexidade de relações que giram em torno do tema "antecedentes criminais". Entretanto, ao se deparar com o tema, diversas singularidades podem ser encontradas (SÉRGIO SOBRINHO, 2009, p. 52)

Nesse prisma, é comum pensar que o único efeito dos "antecedentes criminais" é influir na primeira etapa da dosimetria da pena, com a fixação da pena base, porém não é. Os antecedentes criminais, valorados negativamente, podem gerar diversas consequências para o apenado. Portanto, o presente tópico abordará, sucintamente, essas consequências.

3.4.1 Fixação da pena-base

Como exposto anteriormente, o código penal, em seu artigo 68, adotou o sistema trifásico para o cálculo da pena. Desta forma, no primeiro momento, o juiz fixa a pena base de acordo com as circunstâncias judiciais; depois leva em contas as agravantes e atenuantes; por fim, analisa as causas de aumento e de diminuição de pena. Nesse contexto, os antecedentes criminais estão expressamente contidos nas circunstâncias judiciais apreciadas pelo magistrado no cálculo da pena-base.

A fixação da pena-base considera critérios pré-definidos pelo legislador penal, expostos no artigo 59 do código penal brasileiro, as circunstâncias judiciais. De acordo com Bitencourt, o artigo mencionado é uma diretriz, um roteiro de orientação para que magistrado aplique uma pena adequada ao fato (BITENCOURT, 2021, p.1833)

Do mesmo modo, Carvalho e Carvalho lecionam que ao pré-determinar os parâmetros para a fixação da pena-base, o código tenta reduzir ao máximo o arbítrio judicial, todavia, ainda há elevada discricionariedade do magistrado, tendo em vista os elementos abertos previstos nesse artigo, incluindo-se os antecedentes criminais (CARVALHO; CARVALHO, 2002, p. 36)

Deste modo, as circunstâncias judiciais podem ser avaliadas pelos magistrados, conforme seu juízo de valor e discricionariedade, de três formas distintas, conforme o caso: favoráveis ao acusado, desfavoráveis ou neutras. Será favorável quando reunir elementos benéficos ao agente e ao fato que está sendo apreciado; desfavorável quando os elementos do artigo 59 indicam reprovabilidade na conduta do agente; neutras quando não há elementos

suficientes para fundamentar a decisão, ou ainda quando os mesmos elementos forem utilizados em outras fases da dosimetria da pena (GUIMARÃES, 2014, p.42).

Apesar do elevado grau de liberdade para a apreciação dos elementos do artigo 59, o juiz não pode se isentar de motivar as suas escolhas (art. 93, IX, CF). Deste modo, é necessário que o magistrado aponte, na fundamentação de sua decisão, todos os motivos que o levaram a apreciar cada um dos elementos que compõe as circunstâncias judiciais de maneira neutra, favorável ou desfavorável ao réu. Além disso, é imprescindível a demonstração de que a análise foi feita concretamente, de acordo com o caso e com as características pessoais do agente.

Sendo assim, a jurisprudência pátria, em nome do princípio da individualização da pena (art. 5°, XLVI, CF), não admite fundamentação genérica na fixação da pena-base. É isso que pode se extrair da decisão do Superior Tribunal de Justiça, exposta a seguir:

> HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO. APLICAÇÃO DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA PARA CONSIDERAR DESFAVORÁVEIS A CULPABILIDADE, OS ANTECEDENTES, A PERSONALIDADE, OS MOTIVOS, AS CIRCUNSTÂNCIAS E AS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DECOTE DESSAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ARCABOUÇO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. NEGATIVA AO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A Corte estadual consignou no acórdão impugnado, "que a sentença realizou a dosimetria de forma fundamentada", o que autoriza este Tribunal a apreciar as razões de decidir consignadas pelo Juízo singular para condenar o Paciente e não lhe conceder o direito de recorrer em liberdade. **2. A pena-base foi fixada acima do mínimo legal em decorrência de avaliação realizada de forma equivocada pelo Juízo sentenciante, haja vista o uso de fundamentação inidônea para considerar negativas as circunstâncias judiciais: culpabilidade, antecedentes e personalidade do agente, e motivos, circunstâncias e consequências do crime.** 3. No que tange o elemento culpabilidade do agente, "para fins de individualização da pena, tal vetorial deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito" (HC 556.481/PA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 12/02/2020). No caso, não ficou evidenciado como os dois crimes de roubo teriam extrapolado a elementar do tipo penal. 4. O enunciado da Súmula n.º 444/STJ impede que sejam utilizados inquéritos policiais, e ações penais em curso para agravar a pena-base, o que determina a rejeição da avaliação negativa do vetor antecedentes criminais realizada pelo Juízo sentenciante. 5. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a avaliação desfavorável da personalidade do agente exige a "análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais" (AgRg no AREsp 190.188/AC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 14/09/2018). No caso, não restou demonstrado qualquer elemento concreto que assegurasse que o Paciente seja detentor de personalidade deturpada, o que não permite a exasperação da pena-base. 6**. A fundamentação do vetor motivos do crime revela-se inidônea devendo ser desconsiderada para fins de aumento da pena-base, pois foi apontado elemento genérico e inerente ao crime contra o patrimônio, qual seja: o desejo de se locupletar às custas alheias.** Quanto ao tema, esta "Corte vem entendendo que a cobiça, a ganância e a intenção de obter lucro fácil constituem elementares do delito, não podendo, assim, serem utilizadas na apreciação das circunstâncias judiciais para

> justificar a elevação da pena-base" (EDv nos EREsp 1.196.136/RO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 01/08/2017). 7. A análise das circunstâncias dos crimes, pela instância ordinária, deve ser desconsiderada porque o que deve ser alvo de exame do Magistrado, neste caso, são os roubos perpetrados pelo Paciente e corréu e não momento posterior ao cometimento dos delitos, no qual "estavam detidos na delegacia pela prática do segundo delito" e "passaram a encarar a referida ofendida com o claro intuito de intimidá-la". 8. As consequências dos crimes "devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal" (HC 497.243/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 08/04/2019). (Grifos nossos)
>
> (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 492788. Relatoria: Min. Lau rita Vaz. 03/03/2020)

Em síntese, os antecedentes judiciais influirão na fixação da pena-base, e são importantes para determinar sobre quais valores o magistrado aplicará o restante da pena. A valoração negativa dos antecedentes criminais consegue alterar as circunstâncias judiciais para "desfavoráveis" ao réu, elevando o patamar mínimo da pena inicialmente fixada pelo legislador penal.

3.4.2 Regime de cumprimento de pena

Os antecedentes criminais refletem diretamente na imposição do regime inicial de cumprimento de pena, pela expressa previsão do artigo 33, parágrafo 3.º, do código penal, que assim dispõe: 'a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código".

Deste modo, além do critério da quantidade da pena utilizado para aferir se o condenado iniciará o seu cumprimento em regime fechado, aberto ou semiaberto, há necessidade de avaliação das circunstâncias judiciais. Sendo assim, não basta, por exemplo, o indivíduo ter sido condenado à pena de 6 anos de reclusão para determinar o cumprimento de sua pena no regime semiaberto, o juiz, à luz do caso concreto, deve analisar se as condições judiciais do artigo 59 do código penal mostram-se favoráveis para fixação desse regime (GRECO,2015, p. 547.

Assim, é perfeitamente possível que o sentenciado, apesar da quantidade de pena imposta na dosimetria, inicie o cumprimento da sanção em regime diverso, se houver contra ele maus antecedentes criminais. Entretanto, mais uma vez, não se admite que o magistrado utilize de total e indiscriminada liberalidade para mudança de regime inicial em razão de circunstâncias desfavoráveis ao agente. O juiz deverá motivar, concretamente, a sua decisão é sobre isso que versam os enunciados das súmulas 718 e 719 do STF e ainda a súmula 440 do STJ:

> Súmula 718, STF: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.
> Súmula 719, STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.
> Súmula 440, STJ: Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Acerca da temática, destaca-se recente decisão do Superior Tribunal de Justiça em sede de agravo regimental em habeas corpus:

> INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. CONSTATADAS A REINCIDÊNCIA E A AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. REGIME EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL RELATIVA AOS MAUS ANTECEDENTES. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. NÃO INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 269 DO STJ E 718 E 719 DO STF. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO. ENTENDIMENTO DO STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. Ainda que inadequada a impetração de habeas corpus em substituição à revisão criminal ou ao recurso constitucional próprio, diante do disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, o STJ considera passível de correção de ofício o flagrante constrangimento ilegal. 2. Estabelecida a pena definitiva em patamar inferior a 4 anos de reclusão, a reincidência **e a existência de circunstância judicial desfavorável relativa aos maus antecedentes são fundamentos que indicam que o regime inicial fechado é o mais adequado para a prevenção e repressão do delito praticado.** 3. Não se aplicam as Súmulas n. 269 do STJ e 718 e 719 do STF ao caso em que **a fixação do regime prisional ampara-se em fundamentação idônea.** 4. É incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando constatada a reincidência e **reconhecida circunstância judicial desfavorável relativa aos maus antecedentes, o que inviabiliza a benesse na forma do art. 44, II e III, do CP, por não se mostrar suficiente para a prevenção e repressão do delito praticado**. 5. Mantém-se a decisão agravada cujos fundamentos estão em conformidade com o entendimento do STJ sobre a matéria suscitada. 6. Agravo regimental desprovido. (Grifos nossos)
>
> (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental em Habeas corpus 6960 40 SP 2021/0308340-4. Relatoria: João Otávio de Noronha. 13/12/2021)

Observa-se a partir do teor da decisão supracitada que o regime inicial de cumprimento da reprimenda, que seria o aberto, com fundamento exclusivamente na pena; ou semiaberto, em decorrência da reincidência, foi o fechado, considerando a recidiva e os maus antecedentes criminais. Portanto, os maus antecedentes podem influir diretamente no regime inicial de cumprimento de pena, tornando-o mais gravoso.

Além disso, é possível perceber, a partir da mesma decisão destacada, que a circunstância judicial desfavorável dos maus antecedentes impede a substituição da pena privativa de liberdade. Aborda-se esse efeito a seguir.

3.4.3 Substituição por penas restritivas de direito

Os maus antecedentes, como visto com exposição da decisão do STJ em sede de agravo regimental em habeas corpus, podem ser óbice para a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. É possível extrair esse entendimento do enunciado normativo expresso no artigo 44, inciso, III, do código penal, que assim dispõe:

> Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Deste modo, traduzem-se as circunstâncias judiciais, expressas no artigo 59, do CP, em requisitos subjetivos para concessão do benefício da substitutividade da pena. Assim, essas condições, tais como os antecedentes criminais, devem indicar que a substituição da pena mostra-se suficiente para atender os fins de repressão do crime cometido, bem como de prevenção da prática de novas infrações penais (GONÇALVES, 2022, p. 618).

3.4.4 Suspensão condicional da pena

A suspensão condicional da pena, ou *sursis*, pode ser considerada um benefício penal, pois, trata-se de uma medida alternativa ao cumprimento de pena. Consiste na suspensão da pena privativa de liberdade aplicada pelo magistrado na sentença condenatória, observados os requisitos legais, ficando o sentenciado condicionado ao cumprimento das exigências legais durante o seu período de prova. Portanto, é verdadeira medida descarcerizadora (GONÇALVES, 2022, p. 792).

Trata-se, além disso, de verdadeiro direito subjetivo do réu, pois, ao serem preenchidos os requisitos legais, impostos para concessão do benefício, o magistrado deve aplicá-lo. A imposição decorre da necessidade urgente de evitar o encarceramento, seja porque há evidente e comprava superlotação em todos os estabelecimentos penais do país, seja porque o ambiente carcerário no Brasil é estigmatizante e não cumpre com a finalidades ressocializadora da pena (GRECO, 2015, p. 734).

Dentre os requisitos para concessão da suspensão condicional do processo também está a análise, pelo juiz, das circunstâncias judiciais, como pode ser visto:

> Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício.

Deste modo, o portador de maus antecedentes, analisando-se o caso concreto, não poderá usufruir do benefício da suspensão condicional do processo. Essa impossibilidade pode ser visualizada através da decisão do STJ a seguir exposta:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE. CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/8/2012; e HC 150. 499, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012), não obstante, nada impede o direto exame do tema por esta Corte, na constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar. 2. Não há ilegalidade a ser reconhecida no tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão da existência de maus antecedentes. **3. Nos termos do art. 77, inc. II, do Código Penal - CP, não é possível a concessão da suspensão condicional da pena quando o paciente já foi condenado por sentença penal que transitou em julgado, configurando mau antecedente.** 4. Ordem de habeas corpus denegada. (Grifo nosso)
>
> (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 315165 SP 2015/0019233-0. Relatoria: Min. Nefi Cordeiro. 20/08/2015).

3.4.5 Execução da pena

A execução da pena é última fase de individualização da sanção imposta. No Brasil, essa fase é disciplinada pela lei 7.210 de 1984. A lei de execução penal regula desde a entrada do preso, no sistema prisional até sua saída, com o fim do cumprimento da pena, ou com a inserção no regime aberto. Além disso, é na lei de execução penal que se encontram dispostos todos os direitos do preso, seus deveres, bem como as penalidades impostas para o descumprimento desses deveres (BRASIL, 1984).

Ao pesquisar no diploma legal a palavra “antecedentes” é possível observar a aparição de seis resultados, dentro os quais, quatro deles são importantes para os fins desse trabalho. Previamente, consta-se que todos os resultados estão ligados ao princípio constitucional da individualização da pena, já apontado anteriormente. Assim, a utilização dos antecedentes criminais na etapa de execução garantem a sociedade e ao próprio preso a efetivação justa da reprimenda estatal imposta.

O primeiro resultado observado com a pesquisa aponta para os antecedentes criminais como critério de classificação do condenado, para orientar a individualização da execução da pena (art. 5°). O segundo resultado, demonstra que os antecedentes criminais devem constar na guia de recolhimento, sem a qual o preso não poderá ingressar no estabelecimento prisional (art.106, IV). Já o terceiro resultado coloca os antecedentes criminais como critério para o

ingresso do preso no regime aberto (art. 114,II). O último resultado, do mesmo modo que o terceiro, torna “os antecedentes” critério para a substituição incidental (durante o cumprimento da pena), da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 180, III).

Dos artigos acima mencionados, é possível obter a conclusão de que os antecedentes criminais, em concorrência com outras características do apenado, se prestam, na fase de execução da pena, ao efetivo cumprimento do princípio de individualização da sanção imposta. Não somente nesta fase, mas em todos os outros efeitos já apresentados, essa conclusão parece ser aplicável.

Além disso, a partir da análise de todos os efeitos elencados, é possível observar que os antecedentes criminais pretendem tratar diferente os indivíduos que ostentam condenações anteriores no seu histórico dos que se envolveram pela primeira vez com o crime. Á primeira vista, aparenta-nos ser justo, limitar certos institutos àqueles que estão com o histórico criminal intacto, mas é necessário questionar se essa restrição pode ser eterna e se ela coaduna com os princípios constitucionais, bases de toda ordem jurídica interna.

4 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE n° 593 918/SC

O Brasil, Estado democrático de direito (Art. 1.º, CF), funda-se a partir de uma ordem constitucional rígida que elege a Constituição como a lei suprema do país. Nesse sentido, todos os poderes são emanados da carta maior e toda autoridade é dela decorrente. Além disso, todas as normas que compõe o ordenamento jurídico nacional encontra seus parâmetros de validade no texto normativo da Constituição Federal de 1988 (SILVA, 2014, p. 48).

Todavia, não haveria sentido na supremacia constitucional se a própria lei maior não elegesse, em seu interior, mecanismos que garantissem sua prevalência. Nessa seara, ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula na estrutura do poder judiciário do país, foi incumbido o papel precípuo de guardar a Constituição Federal e zelar pelos princípios nela instituídos (Art. 102, *caput*, CF) (BRASIL, 1998).

Deste modo, as competências do STF, expostas no art. 102, CF, em sua maioria, se destinam a sanar litígios de ordem constitucional, ou seja, que afetam diretamente os interesses expressos pela lei maior do país. Dentre essas competências, está a de julgar o recurso extraordinário (RE), conforme o inciso III, do art. 102, CF:

> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

O próprio nome "recurso extraordinário" já demonstra que esse recurso difere de outros previstos no ordenamento jurídico pátrio. A diferença está no fato de que não há preocupação com a exatidão das decisões judiciais proferidas pelos tribunais inferiores, mas com o direito objetivo discutido no caso. Assim, a atenção primária é dirigida a manter a integridade constitucional e uniformizar as decisões que tratam de matérias constitucionais (DIDIER JÚNIOR; CUNHA; 2016, p. 305-307).

Além disso, o recurso extraordinário exige, para sua apreciação, requisitos que não são solicitados pelos demais recursos, dentre os quais, está a demonstração de repercussão geral (Art. 102, §3º, CF)[14]. A repercussão geral é um filtro utilizado para que somente temas

[14] § 3.º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

importantes para sociedade e perpassem o mero interesse das partes sejam apreciados pelo STF. O código de processo civil (CPC) dispõe sobre a repercussão geral:

> Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § **1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.** (Grifos nossos)

Deste modo, o julgamento em RE pela Suprema corte brasileira é excepcional e carece da constatação de uma série de exigências para demonstrar a imprescindibilidade da sua apreciação. Cumpre esclarecer, ainda, que apenas um processo, dentre os vários que versem sobre o mesmo tema, é escolhido para representar a controvérsia perante o STF e assim ser fixada a tese com repercussão geral, os demais ficarão sobressaltados.

Nesse contexto, o RE 593818, foi admitido pela egrégia corte em 26/02/2009 e o seguinte tema (150) foi fixado para fins de apreciação posterior pelo tribunal: "consideração de condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos como maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base." Assim, pela própria natureza jurídica da decisão, fica claro que o tema dos maus antecedentes e a (in) aplicabilidade do período depurador de cinco anos possuí relevante conteúdo jurídico.

O recurso extraordinário 593818 originou-se de uma condenação por tráfico de drogas e corrupção de menores conduzida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC). A primeira câmara criminal do mencionado tribunal, ao dosar a pena e fixar a pena-base, afastou a aplicação dos maus antecedentes por considerar que as penas extintas há mais de cinco anos, nos moldes do artigo 64, inciso I, CP, não serviriam para tal finalidade. Além disso, considerou que as condenações anteriores estavam muito distanciadas no tempo e por essa razão entendeu que aplicação dos maus antecedentes, nesses termos, tornariam os efeitos da pena perpétuos e feririam o princípio constitucional da presunção de inocência (Art. 5.º, LVII, CF).[15]

Inconformado com a decisão do acórdão e vislumbrando questão de âmbito constitucional, o Ministério Público de Santa Catarina interpôs o comentado recurso extraordinário. Na interposição, com base no artigo 102, III, alínea "a", CF, o *parquet* alegou que embora não cabível a aplicação para a reincidência, as condenações anteriores atingidas pelo prazo depurador se prestam para os maus antecedentes. Além disso, argumentou que o

[15] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral em recurso extraordinário 593.818-2 Santa Catarina. Relatoria: Min. Joaquim Barbosa. 26/02/2009.

afastamento dos maus antecedentes poderiam afrontar o princípio da isonomia, expresso no artigo 5.º, *caput,* CF.

O ministro Joaquim Barbosa, manifestou-se favoravelmente a análise do RE e entendeu que o recorrente demonstrou o requisito da repercussão geral, nos seguintes termos: [16]

> Entendo que a matéria transcende os interesses subjetivos das partes e possui densidade constitucional, na medida em que a questão discutida no recurso extraordinário implica em alteração no critério de fixação da pena-base à luz do princípio da presunção de não-culpabilidade. […] Tanto quanto possível, o Supremo deve elucidar o alcance da ordem jurídica em vigor, fazendo-o para haver harmonia de enfoques nos pronunciamentos judiciais. É essa a razão do instituto da repercussão geral.
>
> (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral em recurso extraordinário 593.818-2 Santa Catarina. Relatoria: Min. Joaquim Barbosa. 26/02/2009)

Passados mais de dez anos desde o juízo de admissibilidade do RE 593818 e da fixação do tema com repercussão geral, em 18/08/2020, houve apreciação da controvérsia com a fixação da seguinte tese: "Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal." Em que pese a decisão, não houve unanimidade na votação, quatro dos nove ministros presentes discordaram do voto do relator e fundamentaram suas posições em importantes questões que são alvo de análise deste trabalho.

Assim, ao julgar o tema 150, o STF sanou a divergência existente entre as próprias turmas do tribunal sobre a (in) aplicabilidade do período depurador de cinco anos. Como exposto anteriormente, um tema que estava em constante debate entre as doutrinas penais de todo país. Todavia, mesmo após a decisão, há posições contrárias ao que foi estipulado no acórdão e que defendem a aplicação de um prazo para irradiação dos efeitos dos maus antecedentes e ainda continuam chegando a corte constitucional, recursos sobre o tema.

Visto tudo isso, evidencia-se, como ao longo do trabalho, a importância de um tema que parece ser simples, mas que gira em torno de complexas relações. Ao longo do capítulo será possível verificar que a decisão do STF no RE n° 593818 elenca uma série de princípios constitucionais fundamentais para o direito penal e para a garantia do Estado democrático de direito. Assim, não se pode olvidar de discutir a temática sob o pretexto de ser uma decisão pacificada, acerca do tema:

> […] as prerrogativas constitucionais do Poder Judiciário sobre a última palavra na interpretação constitucional, quando houver discussão judicial sobre o conteúdo da Constituição ou dos direitos fundamentais, é lastreada pela argumentação racional

[16] Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/attachments/STF_RG-

> sobre os valores constitucionais. Isso não exclui a discussão sobre o acerto ou não das decisões judiciais da Corte Constitucional (BRAGA FILHO; ALVES, 2022, p. 133).

Nesse contexto, o presente capítulo pretende, inicialmente, discorrer sobre os entendimentos divergentes que existiam nas duas turmas do STF, antes da decisão do RE n° 593.818. Logo em seguida, a decisão é exposta através da síntese dos votos dos ministros que participaram do julgamento. Para então, adentrar-se na discussão sobre a decisão sob a ótica dos princípios da legalidade penal e não perpetuidade das penas.

4.1 OS DIVERGENTES ENTENDIMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O PERÍODO DEPURADOR E OS MAUS ANTECEDENTES

Como antecipado no tópico que trata do período depurador, não havia no Supremo Tribunal federal, até a decisão do RE 593818, entendimento pacificado sobre o tema dos maus antecedentes e o período depurador. Enquanto a primeira turma do tribunal entendia pela não aplicação do prazo, a segunda turma divergia internamente sobre sua (in) aplicabilidade. Deste modo, até 2020, as decisões, monocráticas ou colegiadas, também seguiam entendimentos diversos.

Tais entendimentos podem ser vistos a partir da pesquisa de jurisprudência, realizada no próprio sítio eletrônico do tribunal. É possível, a partir da pesquisa, observar que entre o período de 26/02/2009 (admissibilidade do RE) e 18/08/2020 (julgamento do RE) 438 decisões monocráticas e 29 acórdãos sobre o tema "maus antecedentes e período depurador".[17] Dessas decisões, retiram-se dois entendimentos diferentes sobre o tema, o primeiro entendimento, da primeira turma e o seguinte, da segunda turma:

> EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ANTERIORES AO PERÍODO DEPURADOR. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DO RECURSO COM REPERCUSSÃO GERAL (TEMA 150). PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. 1. A matéria relativa à consideração, como maus antecedentes, de condenações anteriores ao período depurador de cinco anos de que trata o inciso I do artigo 64 do Código Penal, está pendente de julgamento sob a sistemática da repercussão geral nesta Corte (Tema 150, RE N° 593.818, Rel. Min. Roberto Barroso). 2. Enquanto pendente de julgamento o recurso paradigmático, a Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal firmara jurisprudência no sentido de que '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' (HC 132.120

[17] PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA: "MAUS ANTECEDENTES E PERÍODO DEPURADOR". Supremo Tribunal Federal, 2022. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoes&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=maus%20antecedentes%20e%20per%C3%ADodo%20depurador&sort=date&sortBy=desc. Acesso em 25 jul. 2022.

> AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJe 06.3.2017). 3. A Primeira Turma desta Suprema Corte, nos autos do RE 1.242.441-AgR/PR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 19.12.2019, **assentou que 'a condenação alcançada pelo período depurador de 5 anos afasta os efeitos da reincidência, mas não impede a configuração de maus antecedentes'.** 4. Agravo regimental conhecido e não provido. (Grifos nossos)
>
> (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em Habeas Corpus 152144/MG. Relatoria: Min. Rosa Weber. 11/05/2020)

A ementa acima transcrita foi retirada do acórdão que julgou um agravo regimental em habeas corpus, da relatoria da ministra Rosa Weber. A partir do inteiro teor do acordão é possível observar que se tratou de recurso da defesa que, insistiu na tese de reforma da decisão que fixou a pena-base do acusado acima do mínimo legal, em razão da aplicação dos maus antecedentes em prazo superior a cinco anos. No entanto, o recurso foi improvido em razão da tese anteriormente assentada pela primeira turma: a condenação alcançada pelo período depurador de 5 anos afasta os efeitos da reincidência, mas não impede a configuração de maus antecedentes.

Diferentemente do que ocorreu no julgamento do acórdão acima, a segunda turma do STF, em período de tempo semelhante, deu provimento a outro agravo regimental em habeas corpus. Mais uma vez, a defesa do réu requereu a reforma da decisão que considerava os antecedentes criminais em prazo superior a cinco, pois, a consideração dos antecedentes criminais, neste caso, impediriam o cumprimento da pena em regime aberto:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DESTA SEGUNDA TURMA. APLICAÇÃO. RE 593818. REPERCUSSÃO GERAL. SENTIDO OPOSTO MAIORIA DE VOTOS. FORMAÇÃO. PENDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA CONCEDER A ORDEM. 1. Embora tenha entendimento pessoal diverso - já externado em diversas oportunidades -, e uma vez ainda não formada maioria, pelo Plenário desta Corte, no julgamento, sob a sistemática da repercussão geral, do RE 593818, em função do princípio da colegialidade, há de ser adotado o entendimento predominante no âmbito desta Segunda Turma, no sentido de que **condenações anteriores, cuja pena tenha sido extinta há mais de cinco anos, não podem ser valoradas como maus antecedentes.** 2. **Agravo regimental provido, a fim de conceder a ordem, para determinar às instâncias ordinárias que refaçam o processo dosimétrico da reprimenda imposta ao paciente, expurgando da vetorial concernente aos maus antecedentes as condenações depuradas pelo decurso do prazo de cinco anos.** (Grifos nossos)
>
> (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em Habeas Corpus 182021/SP. Relatoria: Min. Carmem Lúcia. 05/08/2020).

A partir disso, constata-se que havia um quadro acentuado de decisões conflitantes na egrégia corte. É normal existir em todos os tribunais, divergências interpretativas quanto a determinado instituto, no entanto, ressalta-se que tal quadro, à época, provocava grave

insegurança jurídica aos requerentes de uma solução para seu caso. Afinal, seria possível ter ou não uma decisão reformada de acordo com a sorte de enfrentar a primeira, ou a segunda turma.

Deste modo, atentando-se a imperiosa necessidade de pacificação sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal julgou, em 18/08/2020, o recurso extraordinário 593818 a fim de pacificar as controvérsias.

4.2 A DECISÃO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 593818/SC

O acórdão publicado sobre o julgamento demonstra existir duas posições muito claras e divergentes sobre o tema. Aliás, posições adotadas pela doutrina pátria e pelo próprio STF em momentos anteriores, como visto. A primeira posição, desfavorável a aplicação do período depurador aos maus antecedentes e a segunda adepta da tese da aplicação do prazo previsto no artigo 64, I, CP aos maus antecedentes.

A primeira posição foi defendida pelo Ministro relator, Luís Roberto Barroso e seguida pelos ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Carmem Lúcia e Rosa Weber. Enquanto a segunda foi sustentada em plenário pelos ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Dias Toffoli. Os ministros Celso de Mello e Luiz Fux não estavam presentes.

O Ministro relator, analisou o caso e proferiu o seu voto com base em três fundamentos:

> (i) Os maus antecedentes não se confundem com a reincidência, e se destinam a finalidades distintas na fixação da pena; (ii) os maus antecedentes não são utilizados para a formação da culpa criminal, mas para a dosagem da pena quando já formada a culpa;(iii) a consideração dos maus antecedentes na dosagem da pena concretiza os princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena.
>
> (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso extraordinário n. 593.818. Relatoria: Min. Roberto Barroso. 18/08/2020, p.16)

De acordo com o relator, foi o próprio legislador penal estabeleceu a distinção entre maus antecedentes e reincidência. Sendo que os primeiros podem ser considerados “discricionariamente” pelo magistrado, com o objetivo de estabelecer uma resposta penal que atenda os critérios preventivos e repressivos da sanção. Enquanto a reincidência é obrigatória quando presente para agravar a pena. Além disso, o óbice temporal para a aplicação da reincidência não se estendeu aos maus antecedentes, pela própria disposição legal (BRASIL, 2020, p. 17).

Ademais, ressaltou o ministro que os maus antecedentes só são valorados após o réu já estar condenado. Dessa forma, não há utilização do instituto para formação de culpa do acusado, visto que, a pena é dosada após um amplo debate sobre a culpabilidade do agente. Portanto,

segundo as palavras do ministro: “ninguém será condenado porque já delinquiu, mas pode ter sua pena dosada à luz desta circunstância individual” (BRASIL, 2020, p.19).

Ainda, segundo o Ministro, o princípio da igualdade, tutelado pelo ordenamento jurídico pátrio, estabelece tratamentos desiguais para as desigualdades. Assim, é necessário que a resposta penal seja aplicada de forma individualizada, atentando-se para as circunstâncias pessoais de cada indivíduo. Nesse contexto, afastar a aplicação dos antecedentes criminais após o prazo de cinco anos implica em não diferenciar o que se difere, violando o princípio da isonomia e da individualização das penas (BRASIL, 2020, p. 20).

No entanto, ainda esclareceu o relator que a consideração dos maus antecedentes, apesar de ser tema afeto à discricionariedade do juiz, deve ser fundamentada. Assim, ao analisar o caso concreto deve o magistrado, atendendo-se aos critérios da prevenção e repressão do crime, fixá-los ou não. Por esse motivo, o ministro, apesar de afastar a tese do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, manteve a dosimetria da pena, pois, as condenações anteriores que serviriam aos maus antecedentes, tinham se passado há muito tempo.

O Ministro Alexandre de Moraes, com teses semelhantes às expostas pelo relator, também entendeu pelo parcial provimento ao recurso. No entanto, ressaltou que, apesar da pena pelo crime anterior ter sido integralmente cumprida em 17/08/1999, não foi suficiente para prevenção do novo delito, visto que houve reiteração delitiva. Neste caso, o ministro só considerou “justa” a pena aplicada pelo TJSC porque: “[...] considerando que a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina expressamente considerou outras circunstâncias desfavoráveis na primeira fase da dosimetria da pena e fixou-a acima do mínimo legal (4 anos), o que parece razoável no caso concreto [...]” (BRASIL, 2020, p. 19).

O Ministro Edson Fachin e a ministra Rosa Weber acompanharam na íntegra o voto do relator. Todavia, destacam-se algumas teses levantadas pela ministra Rosa Weber: a unificação do tratamento do prazo depurador para a reincidência e para os maus antecedentes implica em equalização dos regimes jurídicos que receberam tratamento diferente pelo legislador; a completa neutralização da vida pregressa do condenado fere o princípio da igualdade, bem como o princípio da individualização da pena.

A ministra Carmem Lúcia em seu voto ressaltou, mais uma vez, a necessidade de se observar o princípio da igualdade. Além disso, destacou que o termo correto a ser utilizado não é “discricionariedade”, como usado pelo relator, visto que, o magistrado sempre tem vinculação ao que está contido nos autos. Por fim, destacou a necessidade de distinção no direito penal, pois, especialmente nesse ramo do direito, a situação fática deve ser considerada. Assim, há

necessidade do juiz, ter em consideração, quando necessário, os antecedentes criminais do réu para individualizar a sua pena.

Ao contrário das teses já suscitadas, o Ministro Ricardo Lewandowski, inicialmente, destaca as tendências punitivistas e autoritárias que se assentam como forma de combater a criminalidade. De acordo com o voto do ministro, as reformas nas legislações penais estão tendendo a aumentar as penas e endurecer os regimes prisionais. Além disso, destaca a incongruência existente entre os altos números de presos e pequenos índices de redução da criminalidade.

O ministro destaca que a Constituição Federal veda expressamente em seu artigo 5.°, XLVII, b as penas de caráter perpétuo. Discorre ainda sobre a semelhança existente entre a posição majoritária adotada sobre a perpetuidade dos maus atendentes e as marcas de ferro utilizadas para assinalar os criminosos:

> A direção que este Plenário está tomando - e me parece que já temos um pronunciamento majoritário -, lembra-me um pouco daquela sanção que vem da antiguidade, passa pela Idade Média e, inclusive, avança pela Idade Moderna, sendo apenas superada com o Iluminismo, especialmente com Cesare de Beccaria, correspondente àquela marca de ferro em brasa no rosto do criminoso, para que a sociedade jamais esquecesse de que ele, num determinado momento de sua vida, cometeu um crime. (BRASIL, 2020, p. 54).

Para o Ministro Marco Aurélio Mello, o decurso de tempo que afasta a reincidência deve ser considerado para fins de maus antecedentes porque se "insubsistente o mais, não resiste ao menos" (BRASIL, 2020, p. 65). Assim, se a reincidência é uma espécie do gênero "antecedentes criminais" não parece coerente afastar as condenações após cinco anos para a reincidência e mantê-las para os maus antecedentes.

Além disso, ressaltou o ministro ao proferir o seu voto que apesar do silêncio legal acerca do conceito de maus antecedentes, seu delineamento não pode afastar-se das balizas legais, sob pena de ferir o princípio da legalidade. Ainda destacou que, uma análise sistemática da legislação permite observar a preocupação do legislador em limitar os efeitos da condenação, com a finalidade de resguardar o princípio da não perpetuidade das penas (Art. 5°, XLVII, b, CF).

Depois disso, proferiu o voto o Ministro Gilmar Mendes que reiterou uma posição adotada desde as primeiras discussões sobre o tema. De início, o ministro questionou quais objetivos estavam sendo sacrificados para aplicar os maus antecedentes de forma perene. Logo em seguida, apontou que um desses objetivos era a ressocialização. Explica o ministro que a ausência de limitação temporal para os maus antecedentes desvirtua a finalidade de prevenção especial positiva.

Apontou ainda o ministro que, caberia ao legislador pátrio o estabelecimento de limite temporal para os maus antecedentes. Contudo, não o fez, restando ao poder judiciário encontrar as balizas na própria legislação. Com isso, esclarece que adoção dos mesmos critérios utilizados para a reincidência parece ser o mais adequado, tendo o vista essa omissão.

Ademais, ressaltou ainda o ministro que a tese de esvaziamento do instituto dos maus antecedentes não pode ser levada adiante, afinal, outras condenações podem ser utilizadas para aferir os antecedentes criminais:

> [...] não procede a preocupação de que estaremos esvaziando os maus antecedentes ao aplicar a limitação temporal de 5 anos, similar àquela da reincidência. Por exemplo, ainda será possível reconhecer como mau antecedente a segunda condenação anterior transitada em julgado, tendo em vista que a primeira será utilizada como parâmetro para a reincidência. Também ainda será considerada como mau antecedente a condenação transitada em julgado por fato posterior ao que está em julgamento (BRASIL, 2020, p. 84).

O ministro Dias Toffoli, além de reiterar os entendimentos já apresentados pelos ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio de Mello, destacou:

> Vou além para afirmar que as condenações definitivas alcançadas pelo quinquênio depurador (CP, art. 64, I) que não podem ser valoradas negativamente para fins de reincidência também não devem repercutir desfavoravelmente na fixação da pena-base (CP, art. 59) a título de maus antecedentes, má conduta social ou personalidade voltada à prática de crimes (BRASIL, 2020, p. 84).

Entende o supracitado ministro que o legislador ordinário, ao estabelecer o prazo depurador de cinco anos para a reincidência quis reprimir a indevida e perpétua estigmatização do condenado. Desse modo, o decurso de tempo deve ser entendido como capaz de expiar qualquer consequência negativa da condenação criminal que pode repercutir na dosimetria da pena.

Isso exposto, faz-se necessário lançar os olhos sob dois aspectos ressaltados pelos ministros em seus votos vencidos: a possível ofensa aos princípios da legalidade e da não perpetuidade das penas. Ressalta-se que a escolha por analisar especificamente esses princípios se deu porque, embora sejam princípios ressaltados por votos vencidos, constituem-se de importantes garantias para o acusado, frente ao poder punitivo do Estado.

Deste modo, a possibilidade levantada nos votos vencidos, sobre a violação de garantias deve ser analisada à luz de um direito penal encarado sob o viés constitucional. Entende-se que o princípio da legalidade e da humanidade das penas, cujo corolário é a sua não perpetuidade, são importantes garantias, duramente conquistadas através de séculos de penas cruéis e estigmatizantes.

4.3 A DECISÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

O princípio da legalidade penal, como visto em tópico pertinente, requer do legislador clareza na elaboração da norma penal, objetivando a própria segurança jurídica. Assim, é necessário que a lei penal seja determinada, precisa em seus conceitos. Entretanto, como demonstrado ao longo do trabalho, ao definir as circunstâncias judiciais do artigo 59, dentre as quais estão os "antecedentes criminais", o legislador não fixou critérios precisos. Deste modo, ficou a cargo do aplicador e intérprete da norma penal estabelecer os limites dessas circunstâncias. Sobre o assunto, destaca-se o entendimento de Zaffaroni e Pierangeli:

> Um importantíssimo capítulo do Direito Penal é o da quantificação ou individualização da pena, que se encontra bastante descuidado pela doutrina, pelo menos nestes últimos anos, resultado que é do exagero desenvolvimento que envolveu a teoria do delito, em detrimento deste capítulo, e que, lamentavelmente, compromete tanto as garantias individuais como a segurança jurídica. **Um deficiente desenvolvimento do mesmo, sem princípios claros, leva invariavelmente ao campo da arbitrariedade, quando as margens penais apresentam exagerada amplitude e convertem o arbítrio em verdadeira arbitrariedade**. Na proporção em que o legislador se omite de sua função específica de determinar, de forma adequada, um mínimo e um máximo de pena, e, por comodismo, ou por não querer assumir responsabilidades, estabelece margens extremamente largas, em meio às quais atua o juiz, estará em jogo a segurança dos cidadãos (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 706). (Grifos nossos).

No que tange especificamente aos maus antecedentes, não há em nenhum diploma legal individualização do seu conteúdo. Deste modo, tudo que se conhece hoje por maus antecedentes é fruto da construção doutrinária e jurisprudencial. Neste ponto, ressalta-se que o próprio Supremo Tribunal Federal, através de vários precedentes, aproximou o conceito de antecedentes criminais da definição de reincidência.

Quanto a esse aspecto, destaca-se que ao julgar o tema de repercussão geral n° 591054, o STF entendeu pela não utilização de inquéritos policiais e processos em curso para agravar a pena-base, a título de maus antecedentes.[18] O julgamento reiterou o entendimento já consolidado do SJT através da súmula nº 444. Sendo assim, muito embora a decisão do STF aqui analisada se baseie na diferenciação legislativa existente entre os dois institutos, há clara aproximação entre esses, a fim de garantir o princípio da não-culpabilidade (5.º, LVII, CF).

Essa interpretação demonstra a intenção de o judiciário de esclarecer um instituto não determinado pelo legislador de maneira a adequá-lo à ordem constitucional. Salienta-se, todavia, que tal interpretação só é possível quando há benefício ao acusado, tendo em vista o princípio da legalidade penal. Neste caso, a garantia da presunção de inocência foi invocada

[18] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 591054. Relatoria: Min. Marco Aurélio de Melo. 01/08/2014. Brasília.

para restringir um instituto que, como demonstrado, consegue produzir efeitos da aplicação da pena-base até a execução penal.

A partir disso, constata-se que única razão que poderia ser utilizada para justificar a inaplicabilidade do prazo depurador para os maus antecedentes não existem mais. Hoje, apenas condenações criminais transitadas em julgado, não utilizadas para fins de reincidência podem ser empregadas para caracterizar os maus antecedentes. Assim, o mesmo fundamento que afasta uma condenação criminal, após o período depurador de cinco anos para reincidência, deve ser utilizado para os maus antecedentes, conforme ressalta Prado:

> Na atualidade, sob a égide da Constituição de 1988, e da concepção de Estado democrático e social de Direito nela consagrado, a presente circunstância judicial resta esvaziada, haja vista que se alcança a primariedade novamente após o decurso do prazo de cinco anos posteriores (art. 64, CP) ao cumprimento da sanção, sendo o réu considerado tecnicamente primário. Assim, ficam restritos os denominados "maus antecedentes" às condenações que ultrapassem o citado lapso temporal de cinco anos (PRADO, 2019, p. 1197).

Antes da decisão do RE n° 591054 e da edição da súmula 444 do STJ, era possível fundamentar a distinção no fato de que todo o histórico criminal do agente era analisado e não apenas as condenações definitivas. O artigo 64, I, CP descreve o sistema da temporalidade para a reincidência, com a finalidade de que a condenação não estigmatize para sempre o condenado. Nesse contexto, é contraditória a decisão do RE n° 593.818 que afasta o período depurador para os maus antecedentes, tendo em vista que a própria jurisprudência restringiu, em favor do réu, o seu conceito. Acerca da temática dispõe Queiroz:

> […] autores há que entendem que, retomando a condição de primária, em razão do decurso do prazo de cinco [anos] sem praticar novo delito, poder-se-á, não obstante, usar tal condenação como maus antecedentes. Também aqui, no entanto, **há clara ofensa ao princípio da legalidade, pois se, com o decurso do prazo, cessa a reincidência, principal forma de maus antecedentes, ela não pode ser aproveitada para outros fins, frustrando a finalidade da lei, até porque o acessório (maus antecedentes) deve seguir a sorte do principal (a reincidência)**. Mais: os maus antecedentes acabariam assumindo caráter perpétuo. (QUEIROZ, 2008, p. 342-344). (Grifos nossos)

Além dessa questão, ressalta-se que o silêncio legislativo quanto à aplicação da limitação temporal dos maus antecedentes não pode ser interpretado de forma a prejudicar o réu, sob pena de ferir o princípio da legalidade. Acrescenta-se a isso o fato de que é escolha própria do legislador penal expurgar do sistema máculas eternas. Isso pode ser percebido tanto no que se refere à própria pena, através do sistema da prescrição da pretensão punitiva (Art. 109, CP), quanto no que se refere aos seus efeitos, através do lapso temporal da reincidência (Art. 64, I, CP).

Desse modo, a decisão do STF no RE nº 593.818 pode esbarrar no princípio da legalidade, quando interpreta o silêncio legislativo de modo a prejudicar o réu. Isso porque, como demonstrado em capítulo próprio, os efeitos que os maus antecedentes irradiam transcendem o simples endurecimento da pena-base e chegam a impedir a obtenção de benefícios penais. Assim, entende-se que diante da omissão legal e das interpretações já dadas ao instituto dos maus antecedentes, a posição que mais se adequa a um sistema penal, cuja máxima é a constituição, é o que afasta a sua perpetuidade.

Sobre as questões suscitadas, o desembargador do Tribunal de justiça do Distrito Federal e territórios, João Batista Teixeira, ao proferir voto em apelação criminal, destacou:

> [...] para a fixação de qualquer limitação aos direitos fundamentais de índole individual, como a análise desfavorável dos antecedentes ou de outra circunstância judicial desfavorável, apoiada na existência de condenação anterior cuja pena foi extinta ou cumprida há mais de cinco anos, **é indispensável a existência de expressa previsão constitucional ou legal, sob pena de malferir o princípio da legalidade.** Interpretar a possibilidade de imputação de antecedentes como circunstância desfavorável sem qualquer limitação no tempo, portanto, extrapola os limites da legalidade, na medida em que representa fator de restrição do direito fundamental à liberdade destituído de qualquer fundamento em **lei. Se a lei não fixou que os antecedentes serão eternizados na apreciação das circunstâncias judiciais, em nome da efetivação do princípio da liberdade e sob pena de fugir das barreiras impostas pela legalidade, não cabe ao intérprete fazê-lo**. (Grifos nossos)
>
> (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e territórios. Apelação 2009.01.1.041389-8. Relatoria: Des. João Batista Teixeira. 20/02/2014).

Assim, é possível apontar que a interpretação dos maus antecedentes eternamente encontra obstáculo no princípio da legalidade que veda a utilização da analogia para suprir as lacunas da punibilidade. Neste caso, não há nenhum dispositivo legal que permita a interpretação do instituto dos maus antecedentes perenemente, ao contrário disso, no código e na própria constituição há vedação as penalizações eternas. Soma-se a isso a questão de que a aplicação da analogia só é permitida quando existe benefício ao réu e no contexto da decisão, há claro prejuízo da liberdade individual do condenado. Sobre isso, leciona Johner:

> [...] O Poder Judiciário não pode fazer uso da analogia para estender o alcance da lei, em prejuízo da liberdade individual. Desse modo, nos espaços em que o legislador se manteve em silêncio, o juiz não pode inovar, tendo em vista que a interpretação da lei penal deve ser restritiva, de maneira a barrar a analogia in malam partem. Portanto, embora existam zonas de indeterminação abertas pela Constituição e pelo legislador, a atuação do intérprete não pode ultrapassar os limites impostos pelo princípio de legalidade. De modo contrário, ao colocar-se na posição do legislador, o juiz incorreria em decisionismo, o que tende a provocar consequências desastrosas para o princípio da legalidade e para o Estado (Democrático) de Direito (JOHNER, 2020, p. 4).

Isso posto, salienta-se que as lacunas legais, depois da utilização da analogia, podem ser supridas pelos princípios gerais de direito. No caso da decisão, os ministros que afastaram o

prazo depurador para os maus antecedentes, recorreram para utilização dos princípios da individualização da pena e da igualdade. Contudo, destaca-se que em matéria penal tais princípios não podem ser invocados para enrijecer um instituto que interfere na liberdade pessoal do acusado. Afinal, a as garantias em matéria penal foram conquistas contra o arbítrio do Estado e não em favor deste.[19]

Além disso, observa-se prejuízo ao princípio da legalidade penal quando a decisão atribuí ao "arbítrio do julgador" a possibilidade de utilização das condenações criminais após o prazo de cinco anos de maneira indefinida, sem prazo limite. Isso, pois, o princípio da legalidade, censura o arbítrio judicial em matéria penal, em razão de todo o histórico de condenações injustas e de penas cruéis e estigmatizantes. Assim, quanto a aplicação dos maus antecedentes, há necessidade limitar a liberalidade do julgador, a fim de preservar não somente a legalidade, mas a vedação às penas de caráter perpétuo.

Deste modo, a liberalidade conferida ao magistrado, quanto à aplicação *ad aeternum* do instituto dos maus antecedentes, encontra óbice no mandamento de taxatividade do princípio da legalidade. É o que esclarece Prado:

> As exigências de determinação e de taxatividade se referem não só à descrição das condutas delitivas **como também à fixação de marcos legais, que, quando excessivamente amplos, colidem com o princípio da legalidade.** Todavia, convém advertir que a regra da determinação alcança também a sanção penal. **A pena deve ser clara, determinada, visto que sua excessiva indeterminação implica transgressão do princípio de legalidade**. O marco penal deve ser estrito, não havendo razão para se justificar muitas vezes o elevado grau de indeterminação da pena. Tais assertivas constituem postulado indeclinável do Estado de Direito material – democrático e social (arts. 1.º a 6.º, CF), da segurança jurídica e do respeito aos direitos fundamentais. (PRADO, 2019, p. 272-273). (Grifos nossos)

A partir da análise do próprio caso que deu origem ao recurso, é possível perceber que a ausência de limites temporais para os maus antecedentes pode conduzir a decisões conflitantes e arbitrárias. No caso, o réu possuía em seu histórico criminal, única condenação por uso de substância entorpecente (art. 16 da Lei 6.368/1976), integralmente cumprida em 1999. Entretanto, o crime foi apontado pelo Ministério Público como causa capaz de enrijecer a pena-base. Mantendo a decisão que afastava a condenação, o próprio ministro relator destacou o longo transcurso de tempo entre o crime analisado e a condenação passada.

Desse modo, a decisão do STF no RE N° 593.818/SC/SC permite que o acusado fica à mercê de limites excessivamente amplos. É justamente nesse aspecto que há risco ao princípio da legalidade penal, visto que, podendo conferir outro sentido ao instituto, a corte promoveu a

[19] Dispõe o artigo 4.º da LINDB: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os c ostumes e os princípios gerais de direito".

interpretação judicial que estende o conteúdo e a abrangência do texto normativo, indo além da perspectiva de garantia individual e de contenção do poder punitivo.

Destaca-se, ademais, que o instituto dos maus antecedentes, enquadrado no contexto da determinação da pena, precisa ter seu conceito estipulado e limites minimamente estabelecidos em nome da segurança jurídica para o acusado. Afinal, é a fase da determinação penal que estabelece o regime de cumprimento de pena, a substituição ou não por restritivas de direito, aspectos esses que refletem diretamente no direito de liberdade de acusado. Sobre o tema, aponta-se o entendimento de Burichel:

> Costuma-se dizer que a determinação da pena é o muro de lamentações dos penalistas, notadamente porque o direito penal se ressente da ausência de uma dogmática consolidada, aperfeiçoada e direcionada a efetivamente dar a necessária transparência ao processo da individualização da reprimenda, de maneira a evitar o arbítrio judicial. Também é comum se dizer no meio forense que cada vara criminal parece possuir um código penal próprio, o que decerto traz angustia ou alívio a quem venha a responder a um processo criminal, diga-se, desde o momento da distribuição da ação penal. A sorte do acusado vai depender da ideologia de política criminal que cada magistrado possui, já que a este é conferida ampla margem de discricionariedade para eleger a finalidade da pena que lhe aprouver no caso sob sua tutela (BURICHEL, 2018, p.7).

Por fim, ressalta-se que de fato, como esclareceu a ministra Carmem Lúcia em seu voto, o direito penal não pode se submeter a fórmulas hermeneuticamente cerradas. Essa é uma premissa à primeira vista incontestável, mas não se pode olvidar de observar que é a própria evolução histórica do direito penal que aponta, como necessidade de coibir arbítrios judiciais, um sistema penal legal e cada vez mais fechado.

4.4 A DECISÃO SOB A ÓTICA DA GARANTIA DA NÃO PERPETUIDADE DAS PENAS

Conforme já apontado, a vedação a perpetuidade das penas é uma garantia derivada do princípio da humanidade. Para Batista, é o princípio da humanidade que exige da pena racionalidade e proporcionalidade e está vinculado ao mesmo processo histórico em que se originou o princípio da legalidade (BATISTA, 2020, p. 103-105). Além disso, destaca o jurista, que esse princípio intervém desde a cominação da pena até sua execução.

Deste modo, para atender o postulado da proporcionalidade acima mencionado, a pena deve ser adequada aos seus fins constitucionais. Para tanto, é necessário que sejam dignas, racionais e providas de alguma utilidade para o condenado, para a sociedade e para o próprio Estado democrático de direito. Observa-se, portanto, que o princípio da humanidade, juntamente com o princípio da legalidade, são núcleos limitadores, por excelência, do poder punitivo estatal (SILVA, 2020, p. 103-105).

Dentre essas limitações impostas pelo princípio da humanidade, encontra-se justamente a garantia que veda a perpetuidade das penas (5º, inciso XLVII, alínea "b", CF). Entretanto, é necessário compreender que esta garantia estende seus efeitos desde o próprio cumprimento da pena, até as suas consequências mais brandas, tais como são os maus antecedentes. É nesse sentido que lecionam Zaffaroni e Pierangeli:

> A exclusão da pena perpétua de prisão importa que, corno 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**. […] 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. Se assim ocorre nos delitos mais graves e com penas mais severas, com muito maior razão há de sê-lo nos delitos menos graves, punidos com penas mais brandas. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 673). (Grifos nossos)

Com isso, compreendendo os maus antecedentes como efeito secundário da condenação, não podem, assim como a pena, serem ilimitadamente aplicados ao condenado. Afinal, o poder punitivo estatal carece de limites, sejam eles legais ou temporais. É com base nisso que Carvalho e Carvalho lecionam:

> Note-se que os antecedentes, além de fornecer uma graduação à pena decorrente do histórico de vida do acusado, **representam um gravame penalógico eternizado, em total afronta aos princípios constitucionais referidos (princípio da racionalidade e da humanidade das penas)**. Assim, cremos urgente instituir sua temporalidade, fixando um prazo determinado para a produção dos efeitos impostos pela lei penal. **O recurso à analogia permite-nos limitar o prazo de incidência dos antecedentes no marco dos cinco anos - delimitação temporal da reincidência -, visto ser a única orientação permitida pela sistemática do Código Penal**. (CARVALHO; CARVALHO, 2000, P. 52). (Grifos nossos)

É a partir da própria análise sistemática da legislação penal em consonância com que dispõe a Constituição que observa-se a preocupação do elaborar da lei em restringir os efeitos da condenação. Isso pode ser percebido tanto no que se refere à própria pena, através do sistema da prescrição da pretensão punitiva (Art. 109, CP), quanto no que se refere aos seus efeitos, através do lapso temporal da reincidência (Art. 64, I, CP). Assim, de acordo com voto do Min. Marco Aurélio:

> [...] não se pode, a um só tempo, asseverar a insubsistência da condenação pretérita para efeito de reincidência e levá-la em conta visando definir a existência ou não de antecedentes negativos. É dizer: se o decurso de 5 anos, contados do término da reprimenda, afasta a reincidência, agravante de envergadura maior, atinge, também, os maus antecedentes, circunstância judicial de reprovabilidade menor. Insubsistente o mais, não resiste o menos.
>
> (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso extraordinário n. 593.818. Relatoria: Min. Roberto Barroso. 18/08/2020, p.60)

Desta maneira, pode-se afirmar que a decisão do STF no RE n° 593.818 pode ir de encontro com a vedação às penas de caráter perpétuo. Isso, pois, se as próprias penas principais, como já demonstrado, são executadas dentro de lapso temporal regulado pelo código penal, não é proporcional que os efeitos dessa pena perdurem eternamente sobre os ombros do indivíduo. Leciona Bissoli Filho:

> A proposição pode esbarrar no conceito inicial de antecedentes, no entanto encontra sentido no direito, posto que a permanência dos "maus antecedentes" *ad eternum* por certo implicaria uma pena de gravame perpétuo a pesar sobre os ombros do indivíduo, não somente desumana, mas também antijurídica, diante da não aceitação, na maior parte dos códigos do mundo, da pena perpétua. Também a Constituição da República, em seu artigo 52, XLVII, alínea "b", proibiu as penas "de caráter perpétuo" (BISSOLI FILHO, 1997, p. 70) .

Além disso, a interpretação judicial, realizada especialmente pela corte responsável por resguardar os direitos fundamentais tutelados na carta constituinte, não pode se omitir em limitar os efeitos da pena, sob o risco de retroceder em conquistas históricas e constitucionais. Nesse contexto, a decisão do STF no RE n° 593.818 que permite um juízo valorativo sobre os maus antecedentes recaia sobre o condenado eternamente não coaduna com os postulados do princípio da humanidade penal e também da legalidade penal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema dos maus antecedentes, no direito penal brasileiro, sempre foi controvertido, pois, o legislador penal não definiu o instituto, nem fixou balizas para sua interpretação. Restando, portanto, para a jurisprudência nacional e para a doutrina a função de defini-lo. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme demonstrado, o instituto foi entendido restritivamente, aproximando-o do instituto da reincidência penal, de forma que hoje somente condenações criminais transitadas em julgado são aptas a gerar maus antecedentes. Entretanto, com a decisão do STF no RE n° 593.818/SC, houve significativa ampliação do instituto, visto que, fixou-se o entendimento de que as condenações criminais transitadas em julgado, utilizadas para os maus antecedentes, diferentemente da reincidência, são aptas gerar efeitos eternos.

A decisão, analisada sob ótica do princípio da legalidade penal e da garantia da não perpetuidade das penas, não coaduna com os limites impostos, pela própria Constituição Federal, ao poder punitivo estatal. Isso porque, o silêncio legislativo quanto à aplicação da limitação temporal dos maus antecedentes não pode ser interpretado de forma a prejudicar o réu. Como visto ao longo do trabalho, os maus antecedentes podem, além de aumentar a pena-base: impedir a obtenção da suspensão condicional da pena e da substituição por penas restritivas de direito; impossibilitar o cumprimento de pena em regime mais benéfico; influenciar na execução penal.

Observou-se também que a interpretação dada ao instituto com a decisão encontra obstáculo no princípio da legalidade que veda a utilização da analogia para suprir as lacunas da punibilidade. Não há nenhum dispositivo legal que permita a compreensão dos maus antecedentes perenemente, ao contrário disso, é clara a intenção do legislador penal em limitar os efeitos da condenação. Isso pode ser percebido através do sistema da prescrição da pretensão punitiva (Art. 109, CP) e da fixação do lapso temporal para aplicação da reincidência (Art. 64, I, CP).

Além disso, constatou-se que a decisão extrapola os limites do poder punitivo estatal quando atribuí ao “arbítrio do julgador” a possibilidade de utilização das condenações criminais eternamente. Muito embora as decisões judiciais, principalmente em matéria penal, necessitem ser fundamentadas, tamanha liberalidade conferida aos magistrados não coaduna com o próprio percurso do direito penal que, como evidenciado ao longo do trabalho, censura o arbítrio judicial em matéria penal, em razão do extenso rol de condenações injustas e de penas cruéis e estigmatizantes aplicados ao longo do tempo.

Esclarece-se que não se defende a abolição dos “antecedentes criminais” porque são dotados de alto grau de liberalidade. Isso, pois, o direito penal, analisa, mais que nenhum outro ramo do direito as peculiaridades de cada caso concreto. Demonstra-se sim ser necessária apreciação judicial sobre a (in)aplicabilidade dos maus antecedentes, casuisticamente, para que os princípios da individualização da pena e da isonomia também sejam respeitados. Entretanto, diante da análise da decisão judicial e de todos os dados expostos neste trabalho, compreende-se pela imprescindibilidade do estabelecimento de um marco temporal para aplicação desse instituto. É necessário impedir a fixação irrestrita das condenações criminais já cumpridas porque estas podem, a título de maus antecedentes, interferirem no direito de liberdade do réu.

Durante sua cronologia, como visto, as penas tiveram caráter aflitivo e sua determinação estava exposta aos arbítrios de juízes que fundamentavam sentenças de morte de acordo com suas convicções íntimas. Daí urge a necessidade de marcos legais e temporais para a pena e suas consequências, a fim de evitar arbítrios e para que as finalidades repressivas e preventivas sejam simultaneamente cumpridas. Acrescenta-se a isso, a exigência da observância da dignidade da pessoa humana como (sobre)valor da ordem constitucional, cuja defesa depende do olhar cuidadoso do intérprete sobre as garantias da legalidade penal e da não perpetuidade das penas.

Ademais, a partir da ampla análise do instituto dos antecedentes criminais, propõe-se um marco temporal diferente para aplicação do instituto, a fim de cumprir ao mesmo tempo, com as exigências do princípio da individualização da pena e com a garantia à vedação as penas perpétuas. Sendo este prazo mais ligado à própria prescritibilidade penal (art. 109, CP). Contudo, tal entendimento só pode ser consolidado através da mudança na legislação penal e não por decisão de decisão judicial, por respeito à legalidade penal. Assim, tendo em vista não haver, em nenhum futuro próximo, intenção legislativa para implementação desse marco temporal, a decisão que melhor coaduna com todo histórico do direito penal, extensivamente apresentado, é a que aplica, analogicamente, o prazo depurador de cinco anos para os maus antecedentes.

Tudo isso exposto, ressalta-se que o presente trabalho não tem a intenção de esgotar os debates sobre o tema dos maus antecedentes e sua perpetuidade. Isso porque é um tema complexo, lotado de peculiaridades. A própria decisão examinada neste trabalho permite, por exemplo, que se discorra sobre os limites da interpretação judicial em matéria penal, ou ainda, sobre a possível colisão existente entre os direitos fundamentais à individualização da pena e a não perpetuidade das penas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático. **Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Bartolomé de Las Casas : Boletín Oficial del Estado,** Madrid, v. 8, n. 1, p. 21–42, jun. 2000. Disponível em: https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1372#preview. Acesso em: 12 dez. 2021.

ALMEIDA, H. T. G de. Antecedentes criminais: uma sanção criminológica de caráter perpétuo. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis, v.16, n. 22, p. 311-343, jan./dez. 2009. Disponível em: https://qdoc.tips/artigo-maus-antecedentes-pdf-free.html. Acesso em 20 jul. 2022.

ANTECEDENTES. In: AULETE. Dicionário online de Língua portuguesa. Disponível em: https://aulete.com.br/antecedentes. Acesso em: 22 jun 2022

AZEVEDO, V de P. V. de. A cultura jurídica no Brasil. Centenário do Código Criminal, in **Revista dos Tribunais,** vol. LXXVII, fevereiro de 1931. Disponível em: b2bxb6.pdf revista justitia.com.br. Acesso em: 12. dez. 2021.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, C. **Dos Delitos e das Penas.** 1764. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf. Acesso em: 3 dez. 2021

BISSOLI FILHO, F. **O estigma da criminalização no sistema penal brasileiro: dos antecedentes à reincidência criminal.** 1997. 360 f. Dissertação (mestrado)- Curso de pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal: parte geral.** v.1. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

BOVO, C.R.M. **Um povo que não conhece a sua história está condenado a repeti-la.** Justificando. 11 set, 2019, conforme Edmund Burke. Disponível em: https://www.justificando.com/2019/09/11/um-povo-que-nao-conhece-a-sua-historia-esta-condenado-a-repeti-la/Acesso em 22 jul. 2022.

BRAGA FILHO, V; ALVES, F de B. Termidorizar a deliberação: o papel das cortes constitucionais nas democracias contemporânea. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo-RS, v. 11, n.1 p. 124-134, jan.-jun. 2015. Disponível em: https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/948. Acesso em 23 jul. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral em recurso extraordinário 593.818-2 Santa Catarina. Ementa: matéria penal. Fixação da pena-base. Circunstâncias judiciais. Maus antecedentes. Sentença condenatória extinta há mais de cinco anos. Princípio da presunção de não-culpabilidade. Manifestação pelo reconhecimento do requisito de repercussão geral para apreciação do recurso extraordinário. Relatoria: Min. Joaquim Barbosa. 26/02/2009**. Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em:

https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/attachments/STF_RG-RE_593818_213e3.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1659280670&Signature=KCp6my8R1s4irTqMu3GbcprYC6M%3D. Acesso em: 25 jul. 2022

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 dez.2021.

BRASIL. **Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.** Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 05 dez. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei n° 3.688, de 3 de outubro de 1941.Lei de contravenções penais.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 22 jun. 2022

BRASIL. **Decreto-lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de processo Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 22 jun. 2022

BRASIL. **Decreto-lei n° 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do direito brasileiro.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 05 dez. 2021.

BRASIL. **Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23 jul.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (São Paulo). Habeas Corpus 510354.Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de ERIC FERREIRA DE LIMA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2057215-36.2019.8.26.0000).. Relatoria: Min. Reynaldo Soares Da Fonseca,20/05/2019. **JusBrasil.** Brasília, Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/878777419/habeas-corpus-hc-510354-sp-2019-0138413-0. Acesso em: 20 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Secretaria de Documentação. **Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro: homenagem.** Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2001, p. 124. Disponível em: https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional////index.php/coletanea/article/view/338/300. Acesso em: 20 jul. 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental em Habeas corpus 696040 SP 2021/0308340-4. Inicial de cumprimento da pena. Constatadas a reincidência e a agravo regimental no habeas corpus. Crime de furto qualificado. Regime existência de circunstância judicial desfavorável relativa aos maus antecedentes. Fixação do regime inicial fechado. Relatoria: João Otávio de Noronha. 13/12/2021. **Jusbrasil.** Brasília. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1479989515/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-696040-sp-2021-0308340-4.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 142241. Penal e processo penal. Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes praticado na vigência da lei 6.368/76. Guarda e preparo de 1,68 gramas de maconha, distribuída em 8 embalagens plásticas. Causa de aumento de pena. Art. 18, iv, da lei 6.368/76. Crime cometido próximo a instituição de ensino. Profundo reexame do conjunto fático-probatório. Relator: Min. Arnaldo Esteves de Lima, 15/12/2019. **JusBrasil,** Brasília. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8603485/habeas-corpus-hc-142241-rj-2009-0139174-7-stj/certidao-de-julgamento-13676870. Acesso em 20 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 492788. Habeas corpus. Penal. Roubo. Aplicação da pena. Pena-base fixada acima do mínimo legal. Fundamentação inidônea para considerar desfavoráveis a culpabilidade, os antecedentes, a personalidade, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime. Decote dessas circunstâncias judiciais. Reconhecimento da continuidade DELITIVA. Relatoria: Min. Laurita Vaz. 03/03/2020. **Jusbrasil.** Brasília. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/857292186/habeas-corpus-hc-492788-ce-2019-0038921-2.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 1845771. É sabido que para o agravamento da reprimenda é possível, em muitos casos, considerar a reincidência. E para efeitos da reincidência (art. 64, I, do CP), contam-se apenas condenações com penas já cumpridas e que estejam dentro do período depurador máximo de 05 anos antes do novo fato criminoso. Por sua vez, condenação transitada em julgada por fato criminal anterior ao período depurador de cinco anos não pode agravar a pena pela reincidência, mas pode ser considerada na primeira fase da dosimetria para aumentar a pena-base também pela valoração negativa da diretriz "antecedentes". Relatoria: Min. Nefi Cordeiro.10/12/2019**. Jusbrasil**. Brasília. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/875238281/recurso-especial-resp-1845771-rs-2019-0322330-9/decisao-monocratica-875238291. Acesso em: 20 jul. 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 241**. A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicia. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2000. Disponível em: https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/RevSTJ/article/viewFile/9352/9472. Acesso em: 20 jul. 2022

BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Súmula n° 440**. Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2010. Disponível em: https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Sml/article/view/64/4037. Acesso em: 20 jul. 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 444**. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2010. Disponível em: https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Sml/article/view/64/4037. Acesso em: 20 jul. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2.Turma). Recurso ordinário em Habeas Corpus 130132. Furto qualificado. Dosimetria da pena. Circunstâncias judiciais do art. 59 do cp. Existência de condenações anteriores com trânsito em julgado. Fundamento para desvalorar os maus antecedentes e a conduta social. Motivação inadequada. Relatoria: Min. Teori Zavascki,

10/05/2016. **JusBrasil.** Brasília, Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/772368527/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-130132-ms-mato-grosso-do-sul-9010953-5320151000000/inteiro-teor-772368573. Acesso em: 4 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em Habeas Corpus 152144/MG. Agravo regimental no habeas corpus. Furto qualificado. Dosimetria. Maus antecedentes. Condenações anteriores ao período depurador. Pendência de julgamento do recurso com repercussão geral (tema 150). Pena-base acima do mínimo legal. Possibilidade. Ausência de flagrante ilegalidade. Relatoria: Min. Rosa Weber. 11/05/2020. Brasília. **Pesquisa de jurisprudência STF**. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur424884/false. Acesso em: 25 jul. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em Habeas Corpus 182021/SP. Agravo regimental no habeas corpus. Penal. Dosimetria. Maus antecedentes. Período depurador. Incidência. Precedentes desta segunda turma. Aplicação. Re 593818. Repercussão geral. Sentido oposto maioria de votos. Formação. Pendência. Agravo regimental provido para conceder a ordem. Relatoria: Min. Carmem Lúcia. 05/08/2020. Brasília. **Pesquisa de jurisprudência STF**. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur430097/false. Acesso em: 25 jul. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 152752. Por maioria de votos, o Tribunal Pleno assentou que é admissível, no âmbito desta Suprema Corte, impetração originária substitutiva de recurso ordinário constitucional Relatoria: Min. Edson Fachin. 04/04/2018. **JusBrasil.** Brasília. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768151088/habeas-corpus-hc-152752-pr-parana-0065386-5820181000000. Acesso em: 20 jul. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 591054. O Tribunal, em 24 de outubro de 2008, reconheceu a existência de repercussão geral da matéria constitucional versada neste extraordinário a possibilidade de processos em curso serem considerados maus antecedentes para efeito de dosimetria da pena, ante o princípio da presunção de não culpabilidade. A apreciação do recurso foi iniciada em 5 de junho de 2014. Relatoria: Min. Marco Aurélio de Melo, 01/08/2014. **JusBrasil** Brasília. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25222111/recurso-extraordinario-re-591054-sc-stf. Acesso em 20 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 718**. A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2003. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf. Acesso em: 20 jul. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 719.** A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2003. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf. Acesso em: 20 jul. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário n. 593.818. O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 150 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal. Relatoria: Min. Roberto Barroso. Julgamento em 18 ago. 2020. Diário Judicial Eletrônico, Brasília. 23 nov. 2020. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754448246. Acesso em: 20 jul. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 315165 SP 2015/0019233-0. Penal e processual penal. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Dosimetria da pe na. Penabase acima do mínimo legal. Proporcionalidade. Condenações transitadas em julgado. Suspensão condicional da pena. Maus antecedentes. Impossibilidade. Relatoria: Min. Nefi Co rdeiro. 20/08/2015. **Jusbrasil**. Brasília. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864047966/habeas-corpus-hc-315165-sp-2015-0019233-0.

BURICHEL, D. C. S. M. **Entre a reprovação e a prevenção: a evolução da práxis da aplicação da pena e a delimitação da discricionariedade do juiz pelo método racional de equiparação hierárquica de circunstâncias judiciais**. 2018. Dissertação (mestrado)- Curso de pós-graduação em direito, Faculdade Damas da instrução Cristã, Recife, 2018.

BUSATO, P. C. **Direito penal: parte geral.** v.1. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020

BUSATO, P. C. Antecedentes, reincidência e a reabilitação à luz do princípio de culpabilidade. **Repositório institucional do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, p. 1-19. 2010, p. 13. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/43791/antecedentes_reincidencia_busato.pdf. Acesso em: 20 jul 2022.

CAMARGO, J. A. **Direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Fundação Getúlio Vargas, 2005.

CAPEZ, F. Curso de direito penal - parte geral. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e Garantismo.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969. Pacto de San José da Costa Rica. Disponível em: https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htmta Rica (pge.sp.gov.br). Acesso em: 12. dez. 2021.

CUNHA, M da C, F. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização.** Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

CUNHA, P.F. de S.A. **interpretação da norma penal no campo da exceção: a paradoxal providência jurídica no campo do direito penal como forma legal daquilo que não tem amparo normativo.** 2017. 217 f. Dissertação (mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. 1948. Disponível em:https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 12. dez. 2021.

DIDIER JÚNIOR, F; CUNHA, L. C da**. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. Salvador: JusPodivm, 2016

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (1ª Turma criminal). Apelação 07143431820198070003.A condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito que ora se processa, embora não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes e ensejar o acréscimo da pena-base. Relatoria: Des. Carlos Soares Pires Neto. 23/06/2021. **Pesquisa de documentos jurídicos TJDFT.** Disponível em: SISTJWEB (tjdft.jus.br)

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal de Territórios (3ª turma criminal). Apelação: 2009.01.1.041389-8. Penal. Processo penal. Roubo com emprego de arma. Reconhecimento fotográfico. Materialidade e autoria comprovadas. Prova suficiente. Apreensão da arma de fogo e perícia. Desnecessidade. Dosimetria. Pena-base. Exasperação. Condenação anterior. Decurso do prazo previsto no art. 64, i, do código penal. Reincidência. Não cabimento. Valoração negativa dos antecedentes. Viabilidade. Condenação mantida. Relatoria: João Batista Teixeira. 20/02;/**2014. JusBrasil** . Disponível em: https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117696113/apelacao-criminal-apr-20090110413898/inteiro-teor-117696129

ESTEFAM, A. **Direito penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

FERRAJOLI, L. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal.** Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FERRAJOLI, L. **Derechos y garantías: la ley del más débil.** Madrid: Trotta, 1999.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer; Fausi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, L. **La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político**. Madrid: Trotta, 2014.

FIRMO, A. B. de O. **Direito penal**. Tomo 1.º. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

GABRIEL, A de P. Releitura da Súmula 444 do STJ à luz do princípio da presunção de inocência: reflexões sobre a jurisdição contemporânea. O Jota. 28 mai. 2018 atualização em 19 ago. 2021. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juiz-hermes/releitura-da-sumula-444-do-stj-a-luz-do-principio-da-presuncao-de-inocencia-28052018. Acesso em: 18 mai. 2022.

GOMES, L. F. Direito penal, ciência do direito penal e poder punitivo estatal. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 11, n. 927, 16 jan. 2006. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/7823/direito-penal-ciencia-do-direito-penal-e-poder-punitivo-estatal. Acesso em: 18. Dez. 2022.

GONÇALVES, V. E. R. **Curso de direito penal — parte geral-Arts. 1.º a 120**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

GRECO, R. **Curso de direito penal: parte geral.** v.1. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GUIMARÃES, A. G. **O princípio constitucional da individualização da pena e a valoração das circunstâncias judiciais do artigo 59 do código penal brasileiro pelo poder judiciário do estado do Maranhão**. 2014. 94 f. Monografia (Graduação)- Curso de direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2014, p. 42

HOFMEISTER, Carlos Freire. **A pena privativa de liberdade e a inclusão social do preso na perspectiva dos direitos humanos**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/83442/192390.pdf?sequence=1. Acesso em: 12 dez. 2021

JESUS, D de. **Direito penal vol. 1**- 37. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

JOHNER, M. F. Congresso Internacional de Ciências Criminais, 2020, Porto Alegre. **O princípio da legalidade em direito penal: análise a partir da ação direta de inconstitucionalidade por omissão n° 26** [...]. Porto Alegre: Editora Pucrs, 2020. Disponível em: https://editora.pucrs.br/edipucrs/acessolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2020/arquivos/41.pdf. Acesso em: 15 jul. 2022

LIMA, A. J. C. de B. **Limites constitucionais do legislador e do juiz na incriminação e descriminalização de condutas: a imposição de princípios constitucionais.** 2006. 156 f. Tese (doutorado)-pós-graduação em direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006.

LIMA, A.C. de B. **Direito penal Constitucional: a imposição de princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LISZT, F. V. **Tratado de Direito Penal Allemão.** Ed. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496219. Acesso em: 2 dez. 2021.

MARQUES, J. F. **Curso de Direito Penal**. v.1. São Paulo: Saraiva, 1954.

MARTINELLI, J. P. O.; BEM, L. S. D. **Lições Fundamentais de Direito Penal - Parte Geral.** São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

MINAS GERAIS. Tribunal de justiça de Minas Gerais (2ª Turma criminal). Apelação: 10707 091897298001. A reincidência torna insubsistente a exasperação da pena-base por causa dos maus antecedentes criminais do agente, não só porque os absorve para evit ar 'bis in idem', mas também porque tal circunstância deverá ser obrigatoriamente levada em c onta no cálculo da reprimenda, a título de circunstância agravante. Relatoria: Des. Beatriz Pin heiro Caires. 15/07/2010. **Jusbrasil** Disponível em: https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/941923670/apelacao-criminal-apr-10707091897298001-varginha.

MORAIS, J. L. B de.STRECK, L. L; **Ciência política e teoria do estado.** 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

NORONHA, E. M. **Direito penal vol.1: introdução e parte geral**. 38.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, G de S. **Manual de direito penal.** 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, L, C de; CUNHA, M de F.A. inconstitucionalidade do art. 75 do código penal face à garantia individual de proibição de pena perpétua. **Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 6, n. , p. 29–47, mar. 2022. Disponível em: http://www.revista.direitofranca.br/index.php/icfdf/article/view/1256. Acesso em: 12. dez. 2021.

PENA. In: AULETE, Dicionário Online de língua portuguesa. Disponível em: https://www.aulete.com.br/pena. Acesso em: 12. dez. 2021.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, L. R. **Bem jurídico-penal e Constituição.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRADO, L. R. **Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral.** v.1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

QUEIROZ, P. **Direito penal parte geral.**4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RIBEIRO, Edson Carlos. **Antecedentes criminais à luz da Constituição Federal de 1988.** 2011. 68 f. MONOGRAFIA (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Presidente Antônio Carlos, Barbacena, 2011.

ROXIM, C. **Problemas fundamentais de direito penal.** Tradução Ana paula dos Santos Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986.

ROXIN, C. **Derecho penal parte general tomo i fundamentos: la estructura de la teoria del delito.** Madrid: Editorial Civitas, 1997.

SANKIEVICZ, Alexandre. Desafios ao Princípio da Legalidade Penal ante a Imprecisão da Linguagem Jurídica. **Revista Direito Público**, [S.L.], v. 1, n. 24, p. 166-189, out. 2008. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1210. Acesso em: 23 dez. 2021

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

SÉRGIO SOBRINHO, M. **Registro criminal. Análise e propostas para sua estruturação no processo penal sob enfoque da eficiência e do garantismo**. 2009. 257 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, São Paulo, 2009.

SILVA, I. L. P e. **Princípios penais.** 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SILVA, J. A da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK, M. L. S. **O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta de proteção dos direitos fundamentais.** 2008. 161 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008.

URIBE, M. L y. **Discurso sobre las penas**. 2003. Disponível em: https://biblioteca.org.ar/libros/70806.pdf. Acesso em: 3 dez. 2021.

VEIGA, Catarina. **Considerações Sobre a Relevância dos Antecedentes Criminais do Arguido no Processo Penal.** Coimbra: Almedina, 2000.

ZAFFARONI, E. R; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro: volume 1 - parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.