

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 5000031-90.2014.4.04.7017/PR

RELATORA : Des. Federal SALISE MONTEIRO SANCHOTENE
EMBARGANTE : GIOVANE FRANKLIN
PROCURADOR : FABRÍCIO VON MENGDEN CAMPEZATTO (DPU) DPU074
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

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. PRINCÍPIO DA HUMANIDADE E NON BIS IN IDEM. APLICAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. 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'. 2. Existem também casos criminais em que cabem não só a reincidência, como também a valoração negativa por maus antecedentes para exacerbar a pena, não se incorrendo em qualquer violação a direito fundamental do condenado. 3. Todavia, fazendo um exame mais aprofundado da disposição constante do inciso I do art. 64 do Código Penal, percebe-se, salvo melhor entendimento, que se incursiona também na vedação da não perpetuidade da pena anterior, pois se admite que o julgador imponha novamente ao acusado mais um tanto de pena por aquela condenação anterior. 4. Ou seja, o réu além de sofrer com a sanção por nova condenação pelo fato posterior e diverso, ainda terá acrescida essa pena por ter tido condenação transitada em julgado e já extinta pelo anterior cumprimento (maus antecedentes). Essa justificativa de individualização termina que rotulando o réu como um perpétuo (art. 5º, XLVII, 'b') delinquente, em que a análise subjetiva do art. 59 do Código Penal, mais especificamente aos antecedentes criminais, vão sempre vigorar como maus antecedentes, pois a justificativa, que é obrigatória ao magistrado, para justificar o seu entendimento por ter agravado aquela circunstância judicial será feita por meio de certidão, prejudicando a justificativa dos bons antecedentes. 5. A bem da verdade, o réu condenado já pagou pelos seus erros na quantidade e qualidade de pena por aquele fato anterior, não podendo pelo novo fato delitivo sofrer consequências penais de forma perpétua. 5. Consoante as palavras do Ministro Luiz Vicente Cernichiaro do STJ no RHC 2227-2/MG '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, 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'. 6. Nessa quadra, se o transcurso do tempo impede que condenações anteriores configurem reincidência, esse mesmo fundamento - o limite temporal de 5 anos - deve ser aplicado em casos de condenações transitadas em julgado, que, em tese, caracterizariam maus antecedentes, sob pena de incorrer-se em ofensa ao princípio da humanidade da vedação de pena perpétua e ao do *non bis in idem*.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por voto de desempate, dar provimento aos embargos infringentes e de nulidade, vencidos os Desembargadores Vitor Laus, Cláudia Cristofani e Leandro Paulsen, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 19 de julho de 2018.

Des. Federal SALISE MONTEIRO SANCHOTENE
Relatora

Documento eletrônico assinado por **Des. Federal SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, Relatora**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **9345674v5** e, se solicitado, do código CRC **5A1A22FC**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Salise Monteiro Sanchotene

Data e Hora: 20/07/2018 13:53

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 5000031-90.2014.4.04.7017/PR

RELATOR : SALISE MONTEIRO SANCHOTENE
EMBARGANTE : GIOVANE FRANKLIN
PROCURADOR : FABRÍCIO VON MENGDEN CAMPEZATTO (DPU) DPU074
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

VOTO

O objeto do presente recurso apresentado pela Defensoria Pública da União em favor de **Giovane Franklin** versa sobre a possibilidade de serem utilizadas condenações transitadas em julgado há mais de 05 anos como circunstância judicial negativa 'maus antecedentes' quando do exame da primeira fase da dosimetria.

O voto minoritário proferido na 8ª Turma, no ponto, sufragou o seguinte entendimento (evento 28 - VOTO1)

Peço vênia para divergir em parte do encaminhamento de voto proposto pelo eminente relator, especificamente no tocante à dosimetria da pena.

Ocorre que o magistrado a quo entendeu pela valoração negativa da vetorial antecedentes criminais, considerando a condenação do acusado na ação penal 24/2003, ajuizada na Vara Judicial de Ubirata, transitada em julgado em 15/9/2004, com extinção da pena pelo seu cumprimento em 11/11/2004 (evento 60, 'CERTANTCRIM3', Execução Penal 100.0000.016.514-0).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que, tendo transcorrido prazo de 5 anos após a extinção da pena, o crime transitado em julgado não pode ser valorado na reincidência, tampouco como maus antecedentes, como ilustrado abaixo:

'[...] Nos termos da jurisprudência desta Segunda Turma, condenações pretéritas não podem ser valoradas como maus antecedentes quando o paciente, nos termos do art. 64, I, do Código Penal, não puder mais ser considerado reincidente. Precedentes. II - Parâmetro temporal que decorre da aplicação do art. 5º, XLVI e XLVII, b, da Constituição Federal de 1988. [...]'(HC 142371, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 30/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 09-06-2017 PUBLIC 12-06-2017)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI 11.343/2006). DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA. QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. TRANSCURSO DO PRAZO DEPURADOR (ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL). IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES 1. Revela-se idônea a exasperação da pena-base com fundamento na quantidade da droga apreendida. Precedentes. 2. Não obstante a pendência do julgamento do RE 593.818/SC (Tema 150), é de se aplicar a jurisprudência dominante desta Corte, no sentido de que, 'quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a 5 (cinco) anos, conforme previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes' (HC 130613, DJe de 18-12-2015). 3. Ordem parcialmente concedida. (HC 128153, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 10/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016)

Habeas corpus. Penal. Roubo (CP, art. 157, § 1º). Condenação. Pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão em regime fechado. Impetração dirigida contra decisão monocrática

do Relator da causa no Superior Tribunal de Justiça. Decisão não submetida ao crivo do colegiado. Ausência de interposição de agravo interno. Não exaurimento da instância antecedente. Precedentes. Não conhecimento do writ. Ilegalidade flagrante configurada. Pena-base majorada em decorrência de maus antecedentes. Impossibilidade. Condenações extintas há mais de 5 (cinco) anos. Incidência do disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal. Fixação da pena-base no mínimo legal. Ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Fixação do regime prisional aberto (CP, art. 33, § 2º, alínea a). Ordem concedida de ofício. 1. Impetração dirigida contra decisão singular não submetida ao crivo do colegiado competente por intermédio de agravo regimental, o que configura o não exaurimento da instância antecedente, impossibilitando o conhecimento do writ. Precedentes. 2. Quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a 5 (cinco) anos, conforme previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores também não caracteriza maus antecedentes. Precedentes. 3. O regime fechado foi alicerçado i) na presença de circunstância judicial desfavorável ao paciente, vale dizer, os maus antecedentes, afastados por conta da incidência do art. 64, inciso I, do Código Penal, e ii) na opinião do julgador a respeito da gravidade em abstrato do delito. Logo, ele não mais se sustenta, pois, segundo a pacífica jurisprudência da Corte, afigura-se inadmissível, por contrastar com as Súmulas n.ºs 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, a fixação do regime inicial mais gravoso com base na mera opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime. Precedentes 4. Writ extinto. 5. Ordem concedida de ofício para se fixar a pena-base do paciente no mínimo legal, bem como para estabelecer o regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea a, do Código Penal. (HC 137173, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 04/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 03-11-2016 PUBLIC 04-11-2016)

Habeas corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Condenação. 3. Aumento da pena-base. Não aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06. 4. Período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP. Maus antecedentes não caracterizados. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana. 5. Direito ao esquecimento. 6. Fixação do regime prisional inicial fechado com base na vedação da Lei 8.072/90. Inconstitucionalidade. 7. Ordem concedida. (HC 126315, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 04-12-2015 PUBLIC 07-12-2015)

Dessa forma, na esteira dos julgados acima, considerando a extinção da pena pelo seu cumprimento em ocorreu em 11/11/2004 e o fato delituoso da presente ação penal ocorreu em 10/12/2011, conluo pela não valoração da condenação transitada em julgado como maus antecedentes.

Portanto, de ofício, afasto a circunstância de maus antecedentes do acusado GIOVANE FRANKLIN e reduzo a pena-base para 01 (um) ano de reclusão.

Compensadas a atenuante de confissão espontânea e a agravante de reincidência e ausentes causas de aumento e diminuição, estabeleço a pena privativa de liberdade em 01 (um) ano de reclusão, em regime inicial semiaberto, pois se trata de réu reincidente, descabendo a substituição por restritivas de direitos.

Em relação aos demais pontos, acompanho integralmente o voto do eminente relator.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento à apelação criminal e, de ofício, considerar neutra a vetorial antecedentes criminais, nos termos da fundamentação.

Pois bem.

De início, registro que a temática constante do presente recurso possui especial relevo, mostrando-se hábil a balizar futuros julgamentos pelos Colegiados da 7ª e 8ª Turma desta Corte.

Com efeito, sinalizo que esta Corte, até o presente momento, vem adotando o já consolidado entendimento no sentido de que condenação penal transitada em julgado antes do período depurador de cinco anos previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal pode ser valorada negativamente na primeira fase da dosimetria, na vetorial 'antecedentes'. Esta posição, inclusive, encontra-se alinhada à remansosa jurisprudência do STJ - Tribunal Superior intérprete da legislação infraconstitucional -, como se pode ver dos recentíssimos arestos das duas Turmas (5ª e 6ª) de matéria penal:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO SIMPLES. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. PRAZO DEPURADOR DE CINCO ANOS. PENA-BASE EXARCEBAÇÃO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES. REGIME INICIAL. RÉU REINCIDENTE. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. MODO FECHADO. 1. Hipótese em que a instância de origem decidiu que a condenação cujo trânsito em julgado tenha ocorrido num prazo superior ao período depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal não pode ser considerada para aumentar a pena-base pela análise desfavorável dos maus antecedentes. 2. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que 'para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do CP, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade' (HC 389.141/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 18/08/2017). 3. Regime prisional fixado nos estritos limites do art. 33, § 2º, 'b' e § 3º, do Código Penal, considerando se tratar de réu reincidente, com maus antecedentes, condenado à pena superior a 4 (quatro) anos de reclusão. Precedentes. 4. Agravo desprovido. (AgRg no REsp 1697968/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 19/02/2018).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. CONDENAÇÃO MUITO ANTIGA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Consoante entendimento deste Superior Tribunal, decorrido o prazo de cinco anos entre a data do cumprimento ou a extinção da pena e a infração posterior, a condenação anterior, embora não possa prevalecer para fins de reincidência, pode ser sopesada a título de maus antecedentes. Precedentes. 2. Sem embargo, não há como reconhecer a existência de maus antecedentes pela simples existência de uma condenação transitada em julgado há tanto tempo. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1706931/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 15/02/2018)

Ocorre que, como bem lançado no voto minoritário, o Supremo Tribunal Federal tem assentado que a utilização de condenações com trânsito em julgado há mais de 05 anos, com pena extinta pelo cumprimento, ofende a proporcionalidade da pena, a razoabilidade e o direito ao esquecimento, não podendo ser alargada a interpretação do art. 64, I, do Código Penal, pois se incorreria na vedação constitucional de adoção de pena de caráter perpétuo.

A propósito, dada a relevância e transcendência do tema, a Egrégia Corte Suprema pronunciou Repercussão Geral no RE 593818/SC (Tema 150) em que se pacificará a controvérsia. Gise-se que o mérito deste processo paradigmático, já tem indicação de pauta de julgamento pelo Tribunal Pleno do STF.

Ocorre que diuturnamente os tribunais da via ordinária se defrontam com esta controvérsia jurídica e, no âmbito deste Tribunal Regional Federal da 4ª Região pode-se desde já,

mediante o julgamento do presente recurso definir o alcance interpretativo da regra inserta no inciso I do art. 64 do Código Penal, com aplicação nos casos concretos em que se veicule tal controvérsia.

Assim, com a devida vênia do entendimento em contrário, registro de plano que evoluo minha compreensão para alinhar-me não só ao voto minoritário da 8ª Turma, de lavra do Des. João Pedro Gebran Neto, mas também e principalmente ao que vem decidindo o STF a respeito.

Dispõe o art. 64, I, do Código Penal, o seguinte:

Art. 64 - Para efeito de reincidência: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

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; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

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'.

Ocorre que a nova interpretação constitucional dada pelo Supremo Tribunal Federal a tal dispositivo legal é no sentido de que há afronta ao princípio da vedação de adoção da pena perpétua.

Com efeito. Existem casos em que cabem não só a reincidência, como também a valoração negativa por maus antecedentes para exacerbar a pena, não se incorrendo em qualquer violação a direito fundamental do condenado.

Todavia, fazendo um exame mais aprofundado da disposição constante do inciso I do art. 64 do Código Penal, percebe-se, salvo melhor entendimento, **que se incursiona também na vedação da não perpetuidade da pena anterior.**

Ou seja, o réu além de sofrer com a sanção por nova condenação pelo fato posterior e diverso, ainda terá acrescida essa pena por possuir condenação transitada em julgado e já extinta pelo anterior cumprimento (maus antecedentes). Ora, o réu condenado já pagou pelos seus erros na quantidade e qualidade de pena por aquele fato anterior, não podendo, pelo novo fato delitivo, sofrer consequências penais de forma perpétua.

A propósito, sobre a vedação de pena perpétua, colaciono excertos da manifestação do renomado doutrinador Luiz Luisi na conferência proferida no Seminário Internacional 'O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira', promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília-DF.

2 No Brasil, a proibição das penas perpétuas - pode-se afirmar - é já uma tradição constitucional.

(...). Atualmente é dispositivo constitucional previsto na alínea b do inc. XLVII do art. 50, que não haverá pena de caráter perpétuo.

Há de se ressaltar um aspecto singular da legislação constitucional brasileira, ou seja, o de consagrar o princípio da individualização da pena.

A Constituição de 1946, no § 26 do art. 141, dispôs que (...) a lei penal regulará a individualização da pena. O parágrafo XIII do art. 150 da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967 e o mesmo parágrafo do art. 151 da Emenda Constitucional de 17 de outubro de 1969 dispõem, também, que a lei deverá disciplinar a individualização da pena.

A Constituição vigente também ordena que a lei deverá regular a individualização da pena no inc. XLVI do art. 5º.

A respeito, convém lembrar que a individualização da pena, conforme o lúcido magistério de José Frederico Marques, desenvolve-se em três momentos complementares: o legislativo, o judicial e o executório ou administrativo. Na primeira etapa, por meio da lei, fixa-se para cada tipo penal uma ou mais penas proporcionais à importância do bem tutelado e à gravidade da ofensa. **O juiz, no segundo momento da individualização da pena, já tem predeterminada, para cada crime, a espécie da pena, e limitada a sua quantificação entre um mínimo e um máximo.**

São, pois, postulados já históricos da legislação constitucional brasileira a proibição das penas perpétuas e a individualização das penas.

Especificamente quanto à proibição constitucional das penas de caráter perpétuo é preciso ressaltar a sua inserção no título dos direitos e garantias individuais. É de se enfatizar que não se trata de um princípio, mas de uma verdadeira regra, embora esta se embase em um princípio. É necessário relevar que no caput do art. 5º, da Constituição vigente, no qual estão enumerados os direitos e deveres individuais e coletivos, está consagrada a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

É óbvio que consagrada constitucionalmente a inviolabilidade da liberdade, a sua privação e restrição há de ter caráter excepcional, notoriamente quando presentes exigências de proteção de outros direitos invioláveis, ou seja, da vida, da propriedade e da segurança. A tutela desses bens impõe, quando gravemente ofendidos, e as outras sanções que se revelem impotentes, o sacrifício da liberdade. Mas é logicamente evidente que a possibilidade de supressão total de liberdade, ou seja, a supressão perpétua de liberdade implica negar a sua inviolabilidade. **Não é concebível a inviolabilidade da liberdade sem que se impeça a possibilidade de sua integral eliminação. Proibir, pois, as penas perpétuas, como o faz expressamente a nossa Constituição, é um consectário necessário do princípio, também constitucional, da inviolabilidade da liberdade.**

Acresce, ainda, que o princípio da humanidade permeia a Constituição brasileira vigente. A sua presença é evidente em uma série de incisos do art. 5º. Basta lembrar que são disposições constitucionais ser assegurado aos presos a integridade física e moral, a proibição de pena de trabalhos forçados, as cruéis, e outras similares. Destarte a proibição de penas perpétuas é um corolário da orientação humanitária ordenada pela Constituição, como princípio orientador da legislação penal.

A respeito é de lembrar-se a candente lição de Aníbal Bruno:

A prisão perpétua é uma pena de segurança. A sociedade defende-se, afastando definitivamente do seu seio o homem que gravemente delinqüiu. Mas é uma pena cruel e injusta. Priva o condenado não só da liberdade, mas da esperança da liberdade, que poderia encorajá-lo e tornar-lhe suportável a servidão penal. Torna impossível qualquer graduação segundo a natureza e circunstâncias do crime e as condições do criminoso, e retira todo objetivo à função atribuída primordialmente à pena, que é o reajustamento social do

condenado. É, em geral, excessiva e não atende à necessária determinação no tempo, por que não findará em uma data fixada na sentença, mas durará enquanto o homem exista.

Pertence a um espírito punitivo já superado, de que as legislações ligadas a uma forte tradição ainda não conseguiram libertar-se. (<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/346/548>)

Assim, considerar condenações pretéritas ocorridas em momento anterior ao período depurador de 05 anos, s.mj., ofende não só o princípio da vedação de adoção da pena perpétua, como também da dignidade da pessoa humana e o princípio de que ninguém será punido duas vezes pelo mesmo fato.

Cláudia Menezes de Andrade na sua Monografia *A Estigmatização do Delinquente com Antecedentes. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS, Brasília-DF, 2013, pág. 41, discorre que :*

Ora, muito de se espantar que os princípios constitucionais que são resguardados pela Constituição Federal, inclusive por cláusula pétrea, são violados e moldados de forma que justificam como melhor individualização da pena. Essa justificação de individualização termina que rotulando o réu como um perpétuo (art. 5º, XLVII, 'b') delinquente, em que a análise subjetiva do art. 59 do Código Penal, mais especificamente aos antecedentes criminais, vão sempre vigorar como maus antecedentes, pois a justificativa, que é obrigatória ao magistrado, para justificar o seu entendimento por ter agravado aquela circunstância judicial será feita por meio de certidão, prejudicando a justificativa dos bons antecedentes.

Dessa forma, os maus antecedentes criminais, por não ter um limite temporal determinado pelo legislador, será arbitrariamente e massivamente cominado pelo magistrado tendo o aumento da sua pena-base. Ou seja, mesmo tendo cumprido a pena anterior, o réu nunca será um réu primário, pois estará rotulado pelos maus antecedentes. (PDF, extraído do site WWW.repositorio.uniceub.br em 12-03-2018). (Grifei).

Em recente decisão proferida no HC 151.223/SP, cassando decisão do STJ, o Ministro Gilmar Mendes da 2ª Turma, a respeito do tema, expressamente verbalizou:

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

Como bem apontado por Luiz Luisi, em conferência proferida no Seminário Internacional 'O Tribunal Internacional e a Constituição Brasileira', promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em 30.9.1999, as penas de caráter perpétuo têm sido proibidas em diversos textos constitucionais, inclusive em países da própria América Latina.

Nessa perspectiva, por meio de um cotejo das regras basilares de hermenêutica, constata-se que, se houve o objetivo primordial de se afastar a pena perpétua, reintegrando o apenado no seio da sociedade, com maior razão, deve-se aplicar tal raciocínio aos maus antecedentes.

Advirta-se, outrossim, que o agravamento da pena-base com fundamento em condenações transitadas em julgado há mais de 5 anos não encontra previsão na legislação pátria, tampouco em nossa Carta Maior, tratando-se de uma analogia in malam partem, método de integração vedado em nosso ordenamento.

É que, em verdade, assiste ao indivíduo o 'direito ao esquecimento', ou 'direito de ser deixado em paz', alcunhado, no direito norte-americano, como 'the right to be let alone'.

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

*Dessa forma, **entendo que, decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, artigo 64, inciso I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes.***

Emerge daí a necessidade de promover-se nova dosimetria da pena imposta ao paciente, porquanto a condenação transitada em julgado há mais de 5 anos não caracteriza circunstância judicial apta a justificar a não aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Em tempo, da leitura da sentença condenatória, verifico que, dentre outras circunstâncias desfavoráveis, o magistrado de origem utilizou os maus antecedentes do acusado para majorar a pena-base, fato também em desacordo com a jurisprudência desta Suprema Corte.

Ante o exposto, em se tratando de decisão manifestamente contrária à jurisprudência do STF e de flagrante hipótese de constrangimento ilegal, concedo a ordem, de ofício, a fim de que o Juízo de primeiro grau re faça a dosimetria da pena em relação ao paciente, nos termos do artigo 192 do RISTF. (grifei) (Decisão publicada no DJe de 02/03/2018).

Nesse sentido, precedente da 1ª Turma do STF:

*Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Dosimetria. Fixação da pena-base acima do mínimo legal em decorrência de maus antecedentes. Condenações extintas há mais de cinco anos. Pretensão à aplicação do disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal. Admissibilidade. Precedente. Writ extinto. Ordem concedida de ofício. 1. Impetração dirigida contra decisão singular não submetida ao crivo do colegiado competente por intermédio de agravo regimental, o que configura o não exaurimento da instância antecedente, impossibilitando o conhecimento do writ. Precedentes. 2. **Quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a cinco anos, conforme previsto no art. 64, I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes.** Precedentes. 3. Writ extinto. Ordem concedida de ofício. (HC 119200, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 11/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-048 DIVULG 11-03-2014 PUBLIC 12-03-2014).*

Efetivamente, consoante as palavras do saudoso Ministro Luiz Vicente Cernichiaro, do STJ, no RHC 2227-2/MG 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, 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.

*Nessa quadra, se o transcurso do tempo impede que condenações anteriores configurem reincidência, esse mesmo fundamento - o limite temporal de 5 anos - deve ser aplicado em casos de condenações transitadas em julgado com pena já extinta pelo cumprimento, que, em tese, caracterizariam maus antecedentes, sob pena de incorrer-se em ofensa ao princípio da humanidade e ao do *non bis in idem*.*

*Em face disso, adoto a solução minoritária da 8ª Turma **quanto à exclusão do montante de 02 meses fixados na sentença a título de maus antecedentes** restando, pois, a pena*

final em **01 ano de reclusão**, em regime semiaberto, visto ser o réu reincidente. Descabida a substituição da prisional por restritivas de direitos, pois Giovane Franklin, não preenche os requisitos legais para tanto.

Ante o exposto, voto por dar provimento aos embargos infringentes de nulidade.

Des. Federal SALISE MONTEIRO SANCHOTENE
Relatora

Documento eletrônico assinado por **Des. Federal SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, Relatora**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **9345673v13** e, se solicitado, do código CRC **19766FCD**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Salise Monteiro Sanchotene

Data e Hora: 20/07/2018 13:53
