



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos como maus antecedentes: a controvérsia jurisprudencial e a prevalência dos direitos ao esquecimento e ao novo recomeço

Raquel Szlachta de Albuquerque

Rio de Janeiro
2015

RAQUEL SZLACHTA DE ALBUQUERQUE

Condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos como maus antecedentes: a controvérsia jurisprudencial e a prevalência dos direitos ao esquecimento e ao novo recomeço

Artigo Científico apresentado como exigência da conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Júnior

Rio de Janeiro
2015

CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO HÁ MAIS DE CINCO ANOS COMO MAUS ANTECEDENTES: A CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL E A PREVALÊNCIA DOS DIREITOS AO ESQUECIMENTO E AO NOVO RECOMEÇO

Raquel Szlachta de Albuquerque

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: O direito ao esquecimento, ou direito ao novo recomeço, ainda que tenha recebido tal denominação por nossos Tribunais há pouco tempo, está há muito presente em diversos institutos no ordenamento jurídico brasileiro. Reflexo da passagem do tempo e da estabilização das relações jurídicas, é princípio constitucional implícito, que, como tal, deve servir de vetor hermenêutico na atividade interpretativa. Ainda que os Tribunais resistam em declarar sua aplicabilidade no Direito penal, é imperioso reconhecê-la, em especial quando da valoração dos “maus antecedentes” no momento da aplicação da pena, em consonância com os princípios da dignidade humana e da proporcionalidade e em atenção à vedação à pena perpétua.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Constitucional. Direito ao esquecimento. Maus antecedentes.

Sumário: Introdução. 1. O direito ao esquecimento como princípio constitucional implícito e sua irradiação pelo ordenamento. 2. A inconsistência dos tribunais: “sim” para o direito civil, “não” para o direito penal. 3. O direito ao novo recomeço na aplicação da pena: os maus antecedentes. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute a possibilidade de se reconhecer, no âmbito do Direito Penal, a aplicação do direito ao esquecimento, especialmente quando da fixação da pena-base no processo de dosimetria da pena, às condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos.

O Código Penal, em seu artigo 59, traz a previsão das circunstâncias judiciais que devem ser valoradas pelo magistrado quando da fixação da pena-base, na fase de sentença, em um processo criminal. Dentre elas, encontram-se enumerados os “antecedentes”. Por não trazer a letra fria da lei a conceituação precisa de tais circunstâncias, evoluíram doutrina e jurisprudência para determinar quais são os fatos que merecem a reprovação da autoridade

pública e que se revelam incompatíveis com os imperativos ético-jurídicos do sistema, justificando a majoração da pena mínima.

No passado, admitiu-se o reconhecimento de investigações preliminares e processos criminais em andamento como “maus antecedentes”. Atualmente, a jurisprudência, de maneira uníssona, concorda que, em homenagem ao princípio constitucional da não-culpabilidade, somente decisões condenatórias irrecorríveis que não configurem reincidência podem ser consideradas maus antecedentes. Entretanto, na esteira dessa evolução da ciência jurídica penal, é imperioso admitir que tal entendimento não encontra mais guarida em um contexto de constitucionalização das áreas do Direito. É preciso reconhecer, nos dias atuais, a prevalência do chamado “direito ao esquecimento” também no âmbito penal, eis que verdadeiro princípio implícito na Constituição Federal.

Para tal, inicia-se o primeiro capítulo apresentando justamente a natureza de princípio ao “direito ao novo recomeço”, como corolário dos princípios constitucionais da vedação à pena de caráter perpétuo, da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da proporcionalidade. Há muito reconhecem doutrina e jurisprudência que o rol de direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição são exemplificativos, de forma que não há mais dúvidas, para a dogmática jurídica, que existem princípios constitucionais não escritos. Tanto assim o é, que o ordenamento reconhece, em diversos institutos/benefícios infraconstitucionais, a aplicação do referido princípio.

O segundo capítulo do estudo questiona o atual e equivocado entendimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que reconhece a aplicação do direito ao esquecimento no âmbito cível e não no âmbito penal.

O terceiro capítulo apresenta, por fim, a necessidade de reconhecer que as condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos não podem servir como maus antecedentes quando da fixação da pena-base. Embora a jurisprudência majoritária entenda que

o período depurador de cinco anos possui como função apenas o impedimento do reconhecimento da reincidência, há entendimentos atuais no Supremo Tribunal Federal que sustentam a tese de que o período depurador deve alcançar também os “maus antecedentes”. Defendem, assim, que a interpretação do instituto deve ser favorável ao réu, em homenagem ao princípio do *favor rei*, entendimento este adotado também no presente estudo.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória.

1. O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E SUA IRRADIAÇÃO PELO ORDENAMENTO

O direito ao esquecimento, chamado também de direito ao novo recomeço, traduz a relação intrínseca entre o Direito e o tempo. Nas palavras do Min. Luis Felipe Salomão¹, “é pelo Direito que o homem, cravado no tempo presente, adquire a capacidade de retomada reflexiva do passado – estabilizando-o – e antecipação programada do futuro – ordenando-o e conferindo-lhe previsibilidade”. São, assim, fenômenos simbióticos, eis que o Direito dá significação prática ao tempo, enquanto este interfere nas dinâmicas e institutos jurídicos.

A passagem do tempo, portanto, é fato natural de extrema relevância para o Direito, tendo em vista que esse busca, em última instância, a pacificação social. A segurança jurídica, indispensável à paz social, em termo *lato*, é consequência dessa passagem do tempo: com seu decurso, as relações jurídicas se estabilizam e conferem tranquilidade ao contexto social. A ciência jurídica apresenta diversos instrumentos e institutos que, nos dizeres do Ministro, “estabilizam o passado e conferem previsibilidade ao futuro”: prescrição, decadência, perdão,

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial 1.334.097/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em: 10 set. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 22 ago. 2015.

anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

O direito ao esquecimento, assim, advém dessa mesma estabilidade das relações jurídicas que o decurso do tempo promove. É, em verdade, o direito a ser esquecido, ou o direito a um novo início, sendo certo que, se o tempo não é capaz de cancelar a memória dos erros de um indivíduo, ao menos os atenuam ou enfraquecem. E é nesse sentido que o direito ao esquecimento revela seu status de princípio constitucional, ainda que implícito: é um direito à esperança, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e da regenerabilidade do indivíduo.

Os princípios, enquanto mandamentos de otimização, são, segundo doutrina autorizada², fundamentos de regras, isso é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogénica fundamentante. Servem, assim, para guiar a atividade hermenêutica, de interpretação, em um determinado sentido. Por ser a Constituição da República a norma máxima do ordenamento, fundamento de validade para todo o sistema, nada mais natural que os princípios mais caros à sociedade encontrem guarida em seu texto, de forma escrita e não escrita. Quanto a este último aspecto, é preciso ressaltar que, por mais dirigente que possa ser a Carta de 1988, não seria possível pretender que esta exaurisse, em sua letra fria, os princípios e valores materialmente constitucionais. Dessa forma, doutrina e jurisprudência há muito reconhecem a existência de princípios constitucionais implícitos, não escritos, dotados, por óbvio, de *status* de norma constitucional. Dentre eles, encontra-se, como dito, o direito ao esquecimento, que deve, portanto, reger a atividade hermenêutica de todo o ordenamento, em todas suas áreas.

Enquanto princípio constitucional, o direito ao esquecimento adquire, dessa forma, dimensão transcendental e normativa, de modo que todos os institutos jurídicos devem ser

² BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 353.

lidos, ou relidos, sob sua perspectiva. Seja nos âmbitos cível ou criminal, o direito ao novo recomeço deve guiar não apenas a produção legislativa infraconstitucional, mas também a aplicação destas normas pelo operador do Direito, especialmente quando, na omissão do legislador, há espaço para interpretação.

Não obstante o tema adquirir grande relevância quando há lacuna conceitual no texto normativo, como na hipótese do objeto deste estudo - no que tange à interpretação da categoria jurídica dos “antecedentes” - , o *status* de vetor interpretativo não é a única manifestação do direito ao esquecimento no ordenamento brasileiro. Muitos são os institutos que se fundamentam no direito ao novo recomeço.

É possível reconhecer a irradiação principiológica do direito ao esquecimento quando da previsão legal do instituto da reabilitação pelo artigo 93 do Código Penal³. Regulada também pelo Código de Processo Penal⁴, a partir de seu artigo 743, a reabilitação garante ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação. É medida de política criminal que, por meio de declaração judicial, confere ao condenado o restabelecimento de seus direitos, interesses e deveres e de sua condição de dignidade. Apesar de encontrar-se em desuso, em razão das garantias conferidas pela posterior Lei de Execuções Penais ao condenado que cumprira sua pena, o instituto é clara manifestação do direito à esperança conferido ao egresso do sistema penitenciário.

No mesmo sentido, a Lei de Execuções Penais, Lei n. 7210/84⁵, em seu artigo 202 garante ao condenado que, cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração

³ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

⁴ _____. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

⁵ _____. Lei de Execuções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

penal ou outros casos expressos em lei. Ao reconhecer o direito a um novo início ao condenado, a Lei de Execuções caminha, ainda, na direção da promoção da ressocialização do preso, uma função da pena que muitas vezes permanece esquecida pelas políticas criminais implantadas no país.

No que tange, ainda, ao Direito Penal, faz-se necessário destacar que a Teoria da Prescrição da pretensão punitiva do Estado, no Brasil, adotou como arcabouço teórico a Teoria do Esquecimento, que preceitua que o decurso do tempo faz desaparecer o alarma social relativo ao crime, de tal modo que provoca a ausência do interesse que legitima a pretensão punitiva. Nas palavras de Bitencourt⁶, “o longo lapso de tempo decorrido, sem que o réu haja praticado outro delito, está a indicar que, por si mesmo, ele foi capaz de alcançar o fim que a pena tem em vista, que é o de sua readaptação ou reajustamento social”. Sem dúvidas, não há melhor exemplo de como o tempo é capaz de aplacar os mais controversos fatos jurídicos – no caso da prescrição, o delito, mesmo impune, vê-se esquecido.

Como princípio constitucional que é, então, o direito ao novo recomeço traduz a opção da Lei Maior e do ordenamento, enquanto sistema hermético, pelo prestígio à esperança da pessoa humana, em detrimento da memória social.

2. A INCONSISTÊNCIA DOS TRIBUNAIS: “SIM” PARA O DIREITO CIVIL, “NÃO” PARA O DIREITO PENAL

Os tribunais brasileiros, atentos à evolução da ciência jurídica, passaram a reconhecer, de modo expresso e contundente, o direito ao esquecimento enquanto princípio norteador da atividade interpretativa há relativamente pouco tempo. O julgado paradigma do tema no Superior Tribunal de Justiça foi da lavra do Ministro Luis Felipe Salomão, no ano de 2013, e versa sobre o caso da “Chacina da Candelária”.

⁶ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 884.

No caso em julgamento no Recurso Especial 1.334.097/RJ, um dos acusados fora absolvido do crime à época e teve, 13 anos após a ocorrência do fato, suas informações pessoais divulgadas por meio de veiculação da reprise do programa chamado “Linha Direta”. Em verdadeira aula sobre o direito ao novo recomeço, o Ministro fizera ponderações essenciais para a compreensão deste “novo” princípio, em especial no que tange ao esquecimento do cometimento de crimes. Ainda que a abordagem principal tenha sido quanto ao direito do autor de ser esquecido no âmbito cível, o julgador estabelece certas premissas de fundamental relevância ao presente estudo.

Diz o Ministro⁷ que o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, é acolhido no direito estrangeiro, e que é imperiosa a aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com base não só na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente do direito positivo infraconstitucional. Leciona que o ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito reagitar o que a lei pretende sepultar. Segundo o Ministro, ao crime, por si só, subjaz um natural interesse público, caso contrário nem seria crime. Nesse sentido, o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas consumadas irreversivelmente. Por fim, diz ainda que o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico com a

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial 1.334.097/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em: 10 set. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 08 ago. 2015.

presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.

A partir deste julgado, diversos outros⁸ passaram a reconhecer expressamente a aplicação do direito à esperança na área cível, especialmente quando confrontado com o direito à informação da coletividade, em evidente prestígio à honra objetiva do indivíduo.

Sabe-se que a honra, na ciência jurídica, é segmentada em honra objetiva e honra subjetiva. A objetiva é relacionada com a reputação e a boa fama que o indivíduo desfruta no meio social em que vive⁹, e que assume grande relevância quando alguém se encontra na condição de egresso do sistema penal. Irrepreensível, portanto, o posicionamento do Tribunal Superior no sentido de reconhecer a necessidade de aplicação do direito ao novo recomeço para aqueles que, condenados ou absolvidos, carregam o estigma de ter passado pelo desgastante processo judicial criminal.

Já a honra subjetiva está relacionada com a dignidade e o decoro pessoal do indivíduo, isto é, é o juízo que cada indivíduo tem de si - estima própria¹⁰. Desse modo, percebe-se que a honra subjetiva é a mais cara dentre as duas facetas do mesmo direito, eis que é a manifestação, o reflexo, em si próprio, da dignidade da pessoa humana. Por tal razão, merece proteção de todo o ordenamento, não só do âmbito cível. Observa-se, no entanto, grande resistência por parte dos tribunais em reconhecer a aplicação do direito ao esquecimento ao âmbito penal, como se afere do julgado abaixo, proferido pelo Superior Tribunal de Justiça¹¹:

⁸ No mesmo sentido: Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial 1.335.153/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em: 28 mai. 2013; Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Vigésima Quarta Câmara Cível. Apelação Cível 0342008-57.2013.8.19.0001. Relatora: Desembargadora Regina Lúcia Passos. Julgamento em: 19 ago. 2015; TJRJ. Décima Quarta Câmara Cível. Apelação Cível 0363839-69.2010.8.19.0001. Relator: Desembargador José Carlos Paes. Julgamento em: 31 out. 2013; TJRJ. Segunda Câmara Cível. Apelação Cível 0036221-27.2012.8.19.0205. Relator: Desembargador Paulo Sérgio Prestes do Santos. Julgamento em: 04 dez. 2013.

⁹ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal – Parte Especial*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 159.

¹⁰ Ibid.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *Habeas Corpus* 284.307/SP. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Julgamento em: 12 ago. 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/>

Toda essa digressão – feita a partir dos substanciosos acórdãos mencionados – não possui alcance suficiente para sustentar o esquecimento do passado criminoso do ora paciente. Afinal de contas, não foram duas ou três, e, sim, dez condenações definitivas por crimes da mesma natureza. Ademais, a ideia que subjaz ao chamado “direito ao esquecimento”, como visto, não tem como implicar a relativização desses registros penais no caso concreto, pois se mostra razoável o relevo imprimido ao conjunto de condenações definitivas do paciente, associado ao fato de que estava em gozo de benefício penal quando do cometimento do crime, considerando o piso e o teto abstratos previstos para o tipo penal - de 4 a 10 anos de reclusão.

Parece contraditório, no mínimo, que o Tribunal da Cidadania reconheça a necessidade de proteção e prevalência da honra, enquanto reputação, do indivíduo, quando em conflito com também direitos constitucionais, e não reconheça a necessidade da proteção da honra subjetiva, enquanto manifestação da dignidade da pessoa humana. Se no âmbito cível se privilegia o direito à intimidade, ao novo recomeço, a ser socialmente esquecido por crimes cometidos há tempos imemoriáveis, por que não se reconhecer o mesmo direito ao condenado que cumpria a sua pena, quando se está em jogo a sua liberdade? Por que submeter aquele que, egresso do cárcere, vem em processo de reconstrução de sua dignidade, de sua autoestima, aos efeitos danosos de seu erro do passado?

Percebe-se que falta ao tema a devida reflexão e debate. Não há, na doutrina, grande gama de teóricos que questionam com seriedade a aplicação do direito à esperança ao criminoso. Há, sem dúvidas, quem critique a falência do Estado em garantir a ressocialização do preso, mas não há grandes movimentos no sentido de alterar tal realidade, com exceção, talvez, das sempre combativas Defensorias Públicas estaduais.

Em relação à tal discussão entre os juristas, há enunciado elaborado pela Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, de número 531, que determina: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”¹². Apesar de não se tratar de entendimento sumulado, sequer vinculativo, fato é que os enunciados propostos pelos estudiosos do Direito nas Jornadas refletem as tendências mais

mediado/?componente=ITA&sequencial=1338076&num_registro=201304038017&data=20140826&formato=P DF >. Acesso em: 08 set. 2015.

¹² IV JORNADA DE DIREITO CIVIL. Enunciados Aprovados. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf/view>>. Acesso em: 08 set. 2015.

modernas e progressistas do estudo jurídico: apresentam-se, ali, as construções teóricas da doutrina que muitas vezes não ganham espaço nos tribunais, que são, em regra, mais conservadores do que os acadêmicos. A “limitação” do enunciado, quando fala apenas do “aspecto civil” do direito ao esquecimento traduz esta realidade atual no estudo dos direitos penal e constitucional: pouco se propõe a respeito das garantias do egresso do sistema penitenciário. Apesar do acórdão paradigma do tema no Brasil, de relatoria do Min. Luis Salomão, trazido acima, tratar, em sua fundamentação, expressamente da aplicação ao âmbito penal do direito ao novo recomeço, parece que o direito ao esquecimento encontra repercussão maior quando relacionado à tecnologia da informação, à proibição à censura, temas certamente mais glamorosos do que a dignidade de condenados ex-presidiários.

Assim, vê-se que tanto a produção acadêmica, doutrinária, quanto os tribunais brasileiros ainda têm grande resistência em aplicar o direito à esperança no âmbito penal. Entretanto, julgamentos embrionários têm se revelado timidamente nos tribunais, em decisões monocráticas, em que se reconhece, expressamente, o direito ao esquecimento aos condenados que cumpriram suas penas, em especial no que tange à valoração dos “maus antecedentes”, quando da fixação da pena base.

3. O DIREITO AO NOVO RECOMEÇO NA APLICAÇÃO DA PENA: OS MAUS ANTECEDENTES

Feitas as devidas considerações a respeito da natureza constitucional do direito ao novo recomeço, assim como da necessidade de sua incidência no Direito Penal, adentra-se à discussão pormenorizada acerca de seu reconhecimento quando do processo de aplicação da pena, desfecho de uma ação penal.

Prefacialmente, é necessário reconhecer que, em relação ao processo de individualização da pena, o ordenamento jurídico já reconhece a aplicação do direito ao

esquecimento quando trata do período depurador relativo à agravante genérica da reincidência. A reincidência, conforme dispõe o Código Penal¹³ em seu artigo 63, é verificada quando o agente comete novo crime, depois de transitada em julgado a sentença que o tenha condenado por crime anterior. Estabelece ainda, em seu artigo 64, inciso I¹⁴, que os efeitos negativos da reincidência duram apenas por um período determinado de tempo, qual seja, o de 5 (cinco) anos. Dessa forma, adotou o legislador, em relação à reincidência, o sistema da temporariedade, ou seja, determinou que o aumento da pena em decorrência do cometimento de crimes anteriores deve ser limitado no tempo, e não pode incidir de maneira perpétua.

Sabe-se que a reincidência, enquanto agravante genérica, será analisada na segunda fase da aplicação da pena, não havendo grande problemática sobre a interpretação do instituto, tendo em vista que o Código Penal expressamente o definiu e estabeleceu suas consequências. No entanto, o mesmo não ocorre com os “antecedentes”, categoria jurídica trazida pelo artigo 59 como “circunstâncias judiciais”, que deve ser valorada pelo magistrado na primeira fase de aplicação da pena.

Como não há na legislação a conceituação do que seriam os “antecedentes”, doutrina¹⁵ e jurisprudência¹⁶ amplamente majoritárias atualmente interpretam o instituto de forma a evitar o *bis in idem*: “maus antecedentes” seriam toda condenação transitada em julgado que não serve para fins de reincidência. Adotam, portanto, para tal circunstância judicial, o sistema da perpetuidade, em que o condenado estará para sempre sujeito ao aumento da sua pena base em razão de uma condenação passada, ainda que há muito transitada em julgado.

¹³ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 nov. 2015.

¹⁴ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 nov. 2015.

¹⁵ Por todos, Rogério Greco. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 635.

¹⁶ Por todos, Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 323.661/MS. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento em: 01 ago. 2015.

Não obstante ser essa interpretação uma evolução histórica, que fora muito bem vinda em tempos passados, contemporaneamente não se coaduna com os valores emanados da Constituição da República. Como dito, o direito ao novo recomeço revela-se como uma faceta do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, enquanto manifestação da esperança por dias melhores. Mas não só: o direito ao esquecimento é corolário, especialmente no âmbito penal, no que tange à sistemática de aplicação da pena, dos princípios constitucionais da vedação à pena perpétua, da proporcionalidade e da igualdade.

No que diz respeito à vedação à pena perpétua, é necessário, primeiramente, salientar que fora decisão do constituinte originário prever tal garantia ao indivíduo. A discussão acerca de sua natureza política ou jusnatural, aqui, não importa: não há dúvidas de que a punição de caráter perpétuo é absolutamente repudiada pela Carta Magna¹⁷, conforme estabelece seu art. 5º, XLVII, “b”.

Dessa forma, em atenção à força normativa da Constituição, e ao princípio da sua máxima efetividade¹⁸, não é possível conferir aos institutos infraconstitucionais qualquer interpretação que viole tal proibição, ainda que de forma reflexa. Assim, faz-se salutar concluir que o sistema da perpetuidade aplicado aos “antecedentes” pela grande maioria da doutrina e da jurisprudência ofende frontalmente o princípio da vedação à pena perpétua.

Ademais, ao enxergar a discussão através do princípio da proporcionalidade, vê-se que atribuir caráter perpétuo aos maus antecedentes, negando a aplicação do direito ao esquecimento ao apenado, é medida verdadeiramente desproporcional sob a ótica da proibição de excesso. Ensina Gilmar Mendes¹⁹ que o princípio da proporcionalidade possui duas facetas, a proibição de excesso, *Übermassverbot*, e a proibição de proteção deficiente, *Untermassverbot*, proibições essas que devem orientar tanto a atividade legislativa em matéria

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 nov. 2015.

¹⁸ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 172-173

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 631 - 633.

penal como a atividade hermenêutica dos operadores. Por todo o exposto ao longo do presente estudo, excessivo é o caráter perpétuo dos maus antecedentes, tendo em vista o já cumprimento da pena pelo condenado, nos termos de sua sentença, e o conseqüente atendimento à sua função retributiva.

Apesar de grande resistência dos juristas em reconhecer a aplicação do direito ao novo recomeço à categoria dos antecedentes, doutrina de peso defende a vedação da utilização das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos como tal. Nesse sentido, Bitencourt²⁰, que aponta ainda a doutrina de Salo de Carvalho e Paganella Boschi:

Convém destacar, ademais, a necessidade de respeitar a limitação temporal dos efeitos dos “maus antecedentes”, adotando-se o parâmetro previsto para os “efeitos da reincidência” fixado no art. 64 do CP, em cinco anos, com autorizada analogia. Advogado a mesma tese, Salo de Carvalho, *in verbis*: “o recurso à analogia permite-nos limitar o prazo de incidência no marco dos cinco anos – delimitação temporal da reincidência -, visto ser a única orientação permitida pela sistemática do Código Penal.

Nota-se, ainda, considerável tendência no Supremo Tribunal Federal²¹ em adotar o entendimento exposto nesse estudo, como se afere dos recentes julgados pela Corte²²:

O homem não pode ser penalizado eternamente por deslizes em seu passado, pelos quais já tenha sido condenado e tenha cumprido a reprimenda que lhe foi imposta em regular processo penal. Faz ele jus ao denominado ‘direito ao esquecimento’, não podendo perdurar indefinidamente os efeitos nefastos de uma condenação anterior, já regularmente extinta.

Sendo o Supremo Tribunal Federal o tribunal constitucionalmente responsável por interpretar o ordenamento em observância aos ditames da Carta Magna, e em razão da “força persuasiva e expansiva de seus precedentes”²³, imagina-se que o Superior Tribunal de Justiça e os tribunais inferiores passarão a adotar o entendimento que veda a utilização das condenações

²⁰ BITENCOURT, op. cit., p. 770 – 771.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Habeas Corpus* 119.200/RJ. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento em: 11 fev. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5399966>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

²² No mesmo sentido: Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Ordinário no *Habeas Corpus* 118.977/MS. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento em: 18 mar. 2014.; STF. Segunda Turma. *Habeas Corpus* 110.191/RJ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 23 mai. 2013; STF. Segunda Turma. Medida Cautelar em *Habeas Corpus* 126.315/SP. Decisão Monocrática Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 04 mar. 2015.

²³ Nas palavras do Ministro Teori Zavascki, em voto no Plenário. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Reclamação 4335/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 20 mar. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>> Acesso em: 25 nov. 2015.

transitadas em julgado há mais de cinco anos como “antecedentes”. Ressalte-se que, em razão da relevância e expressão do tema, a discussão está afeta ao Plenário da Suprema Corte em repercussão geral no Recurso Extraordinário 593.818/SC.

Não se olvide ainda que, segundo doutrina autorizada²⁴, o princípio do *favor rei* deve ser aplicado também quando da interpretação de regras, de modo que quando há “duas posições divergentes que possam gerar dúvida, deve-se resolver a demanda a favor do réu”. Assim, ainda que haja dúvida no hermeneuta quanto à interpretação a ser adotada, deve prevalecer aquela que beneficia o condenado, que se revela, no caso em comento, a da aplicação do direito ao esquecimento aos chamados “maus antecedentes”.

Não há dúvidas que de esse deve ser o entendimento adotado pelo ordenamento jurídico moderno, em evidente prestígio à dignidade do acusado, evitando que a pena obtenha caráter verdadeiramente perpétuo. Seja por meio do método de interpretação conforme a Constituição, seja por meio de alteração do texto do Código Penal, para que se inclua, expressamente, a vedação da utilização das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos como “maus antecedentes”, é mister reconhecer o direito ao esquecimento também do condenado. O que não se pode admitir, em tempos de constitucionalização do Direito Penal, é que o réu responda novamente, ainda que de forma indireta, pelo crime cuja pena já cumprira, em processos futuros relativos a fatos diversos.

CONCLUSÃO

O direito ao esquecimento, chamado também de direito ao novo recomeço ou direito à esperança, como visto, é princípio constitucional implícito, corolário do meta-valor da dignidade da pessoa humana. Não obstante ter sido reconhecido nestes termos há pouco pela jurisprudência pátria, está presente no ordenamento jurídico em diversos institutos,

²⁴ LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal* – v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 46.

especialmente no Direito Penal. Apesar disso, os tribunais ainda têm grande resistência em reconhecê-lo quando da aplicação da pena, em especial no momento da valoração da circunstância judicial “antecedentes”, recusando-se, assim, a conferir-lhe a interpretação mais adequada à Carta constitucional.

Melhor interpretação do instituto, dessa maneira, é aquela que entende que as decisões transitadas em julgado há mais de cinco anos não podem fundamentar o aumento da pena-base sob o título de maus antecedentes, em atenção ainda aos princípios da vedação à pena perpétua e da proporcionalidade. Por faltar à legislação regulação acerca de tal categoria, imperioso reconhecer a aplicação analógica do tratamento dado à reincidência, instituto este, ressalve-se, dotado de maior desvalor, atribuído pelo próprio legislador – classificado como agravante genérica. Se é possível ao ordenamento reconhecer a reincidência como não-perene, com mais razão há de se reconhecer os antecedentes, meras circunstâncias, como transitórios.

Tendo em vista o recente reconhecimento da repercussão geral do tema pelo Supremo Tribunal Federal, aguarda-se o pronunciamento do Plenário, que deve se dar no sentido de acolher o entendimento aqui exposto, em consonância com as decisões monocráticas de seus Ministros nos últimos dois anos. Espera-se, portanto, que a Corte dê interpretação conforme à Constituição ao instituto, e reconheça, assim, a temporariedade dos “maus antecedentes”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

_____. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22/08/2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 nov. 2015.

_____. Lei de Execuções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial 1.334.097/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em: 10 set. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 22 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial 1.335.153/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em: 28 mai. 2013. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF>. Acesso em: 26 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 323.661/MS. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento em: 01 ago. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1436919&num_registro=201501113007&data=20150908&formato=PDF>. Acesso em: 26 de nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *Habeas Corpus* 284.307/SP. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Julgamento em: 12 ago. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1338076&num_registro=201304038017&data=20140826&formato=PDF>. Acesso em: 08 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Habeas Corpus* 110.191/RJ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 23 mai. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3741491>>. Acesso em: 26 nov. 2015;

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Medida Cautelar em *Habeas Corpus* 126.315/SP. Decisão Monocrática Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 04 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000403855&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Habeas Corpus* 119.200/RJ. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento em: 11 fev. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5399966>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Ordinário no *Habeas Corpus* 118.977/MS. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento em: 18 mar. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5595009>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Reclamação 4335/AC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em: 20 mar. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>> Acesso em: 25 nov. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Décima Quarta Câmara Cível. Apelação Cível 0363839-69.2010.8.19.0001. Relator: Desembargador José Carlos Paes. Julgamento em: 31 out. 2013. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004B0A49D467F6C786EC421650E00A9B383C5024A4F1902&USER=>>>. Acesso em: 26 nov. 2015;

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Segunda Câmara Cível. Apelação Cível 0036221-27.2012.8.19.0205. Relator: Desembargador Paulo Sérgio Prestes do Santos. Julgamento em: 04 dez. 2013. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000495C8E9C5FAA0EE67FA40F70003FDFBD8C502520E4F05&USER=>>>. Acesso em: 26 nov. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Vigésima Quarta Câmara Cível. Apelação Cível 0342008-57.2013.8.19.0001. Relatora: Desembargadora Regina Lúcia Passos. Julgamento em: 19 ago. 2015. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004CB5786B964EC60057055DD53B6E43813C5041D06385F&USER=>>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal – Parte Especial*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

IV JORNADA DE DIREITO CIVIL. Enunciados Aprovados. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/IV%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS.pdf/view>>. Acesso em: 08 set. 2015.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal – v. 1*. 3. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.