

A INCONSTITUCIONALIDADE DO CARÁTER PERPÉTUO DOS MAUS ANTECEDENTES CRIMINAIS

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE PERPETUAL CHARACTER OF BAD CRIMINAL RECORDS

Stéfane Gomes Monteiro

Submetido em: 19/02/2025

Aprovado em: 12/08/2025

RESUMO: O presente artigo visa demonstrar por meio de pesquisas que a utilização dos maus antecedentes criminais sem delimitar um limite temporal, fere diretamente a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vez que em seu texto, há a vedação da aplicação de penas perpétuas. Em outra vertente, o nosso ordenamento jurídico dispõe ainda sobre a reincidência, onde considera reincidente o agente que volta a cometer um novo crime, quando há a condenação em trânsito em julgado por crime anterior, dentro do prazo de 05 (cinco) anos. Sendo assim, o presente artigo visa pontuar a importância do uso da analogia como tentativa de solucionar a falta de limite temporal dos maus antecedentes criminais, demonstrando ainda que a falta de delimitação temporal, corrobora com a violação do princípio *bis in idem*, em razão da utilização de forma perpétua dos maus antecedentes criminais.

Palavras-chave: maus antecedentes, inconstitucionalidade, caráter perpétuo.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate through research that the use of bad criminal records without defining a time limit directly violates the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, since its text prohibits the application of life sentences. In another aspect, our legal system also provides for recidivism, where it considers an agent who commits a new crime to be a repeat offender, when there is a final and unappealable conviction for a previous crime, within a period of 05 (five) years. Therefore, this article aims to highlight the importance of using analogy as an attempt to resolve the lack of temporal limit on bad criminal records, further demonstrating that the lack of temporal delimitation corroborates the violation of the *bis in idem* principle, due to the perpetual use of bad criminal records.

Keywords: bad record, unconstitutionality, perpetual character.

1 INTRODUÇÃO

No momento presente, pouco se aborda a respeito do caráter perpétuo dos maus antecedentes criminais existentes em nosso ordenamento jurídico. Posto isso, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XLVII, “b”, dispõe que não haverá penas de caráter perpétuo.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVII - não haverá penas:

b) de caráter perpétuo;

No que se refere à reincidência, considera-se reincidente o agente que volta a cometer um novo crime quando há condenação transitada em julgado por crime anterior, dentro do prazo de cinco anos. Após esse limite temporal, o ordenamento jurídico, em seu texto, considera “zerado” o instituto da reincidência, conforme disposto no art. 64, I, do Código Penal.

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;

Em contrapartida, não acontece o mesmo com os maus antecedentes criminais, que se tornam uma medida de caráter perpétuo para calcular a dosimetria da pena, além de se manifestarem negativamente quando se tratar de benefícios concedidos a agentes que não dispõem de maus antecedentes criminais.

Destarte, com o intuito de solucionar tais conflitos, é interessante a utilização do recurso da analogia, o qual está previsto no nosso ordenamento jurídico, juntamente com o instituto da reincidência, de forma que possibilitaria a criação de uma delimitação do lastro temporal para a utilização dos maus antecedentes criminais.

A falta de um limite temporal para a utilização dos maus antecedentes gera diversas consequências para o imputado, como, por exemplo, a condenação eterna de um delito já transitado em julgado. Além disso, o fato de existirem registros criminais no decorrer da instrução e execução penal pode acarretar o impedimento da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, a não concessão do benefício da suspensão condicional da pena, o impedimento do livramento condicional, a impossibilidade de transação penal e também a impossibilidade de aplicação de determinadas causas de diminuição da pena.

Embora o ordenamento jurídico não disponha sobre um lastro temporal para a utilização dos maus antecedentes, o art. 4º da LINDB prevê que, em caso de omissão no texto da lei, o magistrado decidirá a lide de acordo com a analogia, ou seja, 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.

Na mesma sequência, importante pontuar o voto do Ministro Gilmar Mendes, relator do Habeas Corpus número 123.315/SP, no qual ele esclareceu que o agravamento da pena-base fundamentada em condenação transitada em julgado há mais de cinco anos não encontra amparo na legislação, referindo sobre a analogia *in malam partem*, que é vedado no ordenamento jurídico brasileiro.

O princípio *ne bis in idem* dispõe sobre o agente não ser punido duas vezes pelo mesmo fato. Posto isto, e levando em consideração que define como reincidente o agente que comete novo crime dentro do prazo de 05 (cinco) anos de uma sentença condenatória que transita em julgado, e que após esse prazo, a reincidência torna-se maus antecedentes criminais, de forma clara, vislumbra-se que tal acontecimento jurídico, fere diretamente o referido princípio, vez que novamente, de forma perpétua, o agente estará sendo punido novamente por fato anterior, o qual já foi punido, inclusive após ultrapassado o lastro temporal de 05 (cinco) anos. Na mesma sequência, é importante pontuar o voto do Ministro Gilmar Mendes, relator do Habeas Corpus nº 123.315/SP, no qual ele esclareceu que o agravamento da pena-base fundamentado em condenação transitada em julgado há mais de cinco anos não encontra amparo na legislação, referindo-se à analogia *in malam partem*, vedada no ordenamento jurídico brasileiro.

O princípio *ne bis in idem* dispõe que o agente não deve ser punido duas vezes pelo mesmo fato. Posto isto, e levando-se em consideração que se define como reincidente o agente que comete novo crime dentro do prazo de 05 (cinco) anos de uma sentença condenatória que transita em julgado, e que, após esse prazo, a reincidência passa a constituir maus antecedentes criminais, vislumbra-se, de forma clara, que tal acontecimento jurídico fere diretamente o referido princípio, vez que o agente estará, de forma perpétua, sendo punido por fato anterior já punido, mesmo após ultrapassado o lastro temporal de 05 (cinco) anos.

2 CONCEITO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS

No que tange à definição de maus antecedentes criminais, as juízas Augustas Dizis e Ruth Araújo lecionam que se trata da vida pregressa do sujeito em relação aos crimes cometidos antes daquele que ora se julga (DINIZ; VIANA, p. 383). Discorrem, ainda, que, para não ferir o princípio da presunção de inocência, não poderão ser considerados como maus antecedentes os inquéritos policiais em andamento, os arquivados, as ações penais em andamento ou aqueles em que o réu foi absolvido, conforme disposto na Súmula nº 444 do STJ, É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Salientam que os atos infracionais praticados pelo sujeito enquanto adolescente não poderão ser utilizados como maus antecedentes criminais, mesmo que tenham sido aplicadas medidas socioeducativas privativas de liberdade. Além disso, as juízas dissertam que sentenças homologatórias de transações penais e o acordo de não persecução penal, dos quais foram celebrados pelo sujeito, também não poderão ser considerados como maus antecedentes.

Portanto, dispõe-se que somente serão classificados como maus antecedentes criminais as condenações transitadas em julgado, e, portanto, definitivas, que também não sejam definidas como reincidência, podendo, então, ser utilizadas para a majoração da pena-base.

Na mesma obra, as juízas abordaram a decisão do Plenário do STF a respeito do prazo dos maus antecedentes criminais, relacionando-o com o sistema da perpetuidade,

Ao contrário do que ocorre com a reincidência, o Plenário do STF decidiu, em sede de repercussão geral, que não há prazo para que uma condenação definitiva deixe de ser considerada maus antecedentes (sistema da perpetuidade).

Nesse mesmo sentido, dispõe o Tema 1077, definido pelo STJ, que as condenações criminais transitadas em julgado, não consideradas para caracterizar a reincidência, somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização para desabonar a personalidade ou a conduta social do agente.

Há várias vertentes que definem os maus antecedentes criminais; contudo, nenhuma delas atentou para definir um prazo para sua utilização. Importante salientar que a falta de um limite temporal para a utilização dos maus antecedentes gera diversas consequências para o imputado, como, por exemplo, a condenação eterna de um delito já transitado em julgado.

Além disso, o fato de existir registros criminais no decorrer da instrução e execução penal pode acarretar o impedimento da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, a não concessão do benefício da suspensão condicional da pena, o impedimento do livramento condicional, a impossibilidade de

transação penal e a vedação da aplicação de determinadas causas de diminuição da pena.

Neste sentido, podemos verificar a jurisprudência publicada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais,

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO - DOSIMETRIA DA PENA - REDUÇÃO DA PENA-BASE - POSSIBILIDADE - PENA EXACERBADA - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE - COMPENSAÇÃO NA SEGUNDA FASE - POSSIBILIDADE - ARTIGO 67 DO CP - FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO - INADMISSIBILIDADE - RÉU REINCIDENTE - APLICAÇÃO DO ARTIGO 44 OU 77 DO CP - ÔBICE EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA - GRATUIDADE DE JUSTIÇA - IMPOSSIBILIDADE - SUSPENSÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS AO ADVOGADO DATIVO - NECESSIDADE.

- Imperiosa a redução da pena-base eis que fixada de forma desproporcional, em respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

- A agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea devem ser compensadas, já que ambas configuram circunstâncias preponderantes, nos termos do art. 67 do CP.

- Inadmissível o abrandamento do regime aberto de cumprimento de pena, em razão do quantum de pena aplicado e também em razão da reincidência na prática criminosa.

- Suspende-se a exigibilidade das custas processuais devidas pelo acusado hipossuficiente, nos termos do art. 98, §3º, do CPC, não havendo fundamento legal para a total e imediata isenção da obrigação, observada a inconstitucionalidade da Lei estadual 14.939/03, declarada pelo Órgão Especial do TJMG.

- Em virtude de atuação na superior Instância, faz jus o Defensor Dativo a honorários advocatícios, vez que os honorários arbitrados na origem seguiram tabela da OAB/MG para dativos.

- **Sendo o apelante reincidente e portador de maus antecedentes, inviável se mostra a substituição da pena corpórea por restritivas de direitos ou que seja concedido o "sursis".**

Ademais, o artigo 76 da Lei n.º 9.099/95 discorre sobre a possibilidade de conceder ao agente a transação penal; contudo, em seu parágrafo segundo, o legislador aborda a impossibilidade da concessão quando este ostenta maus antecedentes. Nesse sentido, vejamos a jurisprudência publicada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. SUCUMBÊNCIA. CONHECIMENTO DO RECURSO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RÉU CONFESSO. CONDENAÇÃO MANTIDA. TRANSAÇÃO PENAL. DESCABIMENTO. RÉU REINCIDENTE E PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. RECURSO IMPROVIDO. 1. A condenação do réu pelo crime de porte de droga para consumo pessoal evidencia a sua sucumbência, pelo que o recurso deve ser conhecido. 2. Evidenciado que o acusado possuía drogas destinadas ao seu consumo, deve ser mantida a sua condenação nas iras do artigo 28 da Lei 11.343/06. **3. Sendo o réu reincidente e portador de maus antecedentes criminais, inviável o oferecimento de transação penal.** 4. Recurso improvido.

Surpreendentemente, o mesmo parágrafo do artigo 76 prevê um lastro temporário, similar ao da reincidência, que impossibilita a concessão da transação penal, dispondo que, no caso de o agente haver sido beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva de direitos ou multa, não se admite nova concessão.

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

Veja que, ao discorrer sobre a impossibilidade de aplicação do benefício, o legislador teve o cuidado de limitar o prazo, respeitando a Constituição Federal e evitando punir o agente de forma perpétua.

3 CONCEITO DE REINCIDÊNCIA

A respeito do conceito de reincidência, consistente na situação em que o sujeito pratica novo fato criminoso após haver sido condenado por crime anterior, em sentença transitada em julgado (CAPEZ, 2024, p. 438).

Salienta-se que, ao tratar do que tange à prescrição do instituto da reincidência — ou seja, o foco do presente artigo — a doutrina de Fernando Capez leciona que a condenação anterior não deve prevalecer, desde que, entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e a infração posterior, tenha transcorrido prazo superior a 05 (cinco) anos, conhecido como período depurador.

Em outras palavras, após transcorrido o prazo de 05 (cinco) anos de uma condenação que já transitou em julgado, o agente deixa de ser reincidente; contudo, a reincidência passa a constituir maus antecedentes criminais.

Nesse sentido, há jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO SIMPLES - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - PALAVRA DA VÍTIMA ROBORADA PELO DEPOIMENTO POLICIAL - REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE - DECOTE DOS MAUS ANTECEDENTES - IMPOSSIBILIDADE - SUSPENSÃO DAS CUSTAS - NECESSIDADE - HIPOSSUFICIÊNCIA PRESUMIDA. 1. Comprovadas a materialidade e autoria delitiva pelas harmoniosas declarações da vítima e dos policiais militares, é de rigor a manutenção das condenações. 2. **Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal. Portanto, é plenamente possível a utilização de condenações anteriores para valoração dos maus antecedentes na primeira fase da dosimetria da pena, mesmo que tenha sido ultrapassado período superior a 05 (cinco) anos da extinção da pena. Precedentes do STF e STJ.** 3. O aumento da pena, na primeira fase da dosimetria, não obedece a uma padronização, sendo possível o aumento em patamar necessário à reprovação e prevenção do delito, em observância aos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade. Ostentando o réu diversas condenações anteriores com trânsito em julgado, cabível é a adoção de fração superior a 1/8 (um oitavo) na primeira fase da dosimetria no momento da valoração dos maus antecedentes, os quais devem ser valorados de acordo com as certidões e com a gravidade dos crimes registrados. 4. Concede-se a assistência judiciária gratuita, com suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais, nos termos do art. 98, §3º, do CPC, ao assistido da Defensoria Pública Estadual, o qual se presume

hipossuficiente financeiro. 5. Dar parcial provimento ao recurso.

Destarte, com a aplicação da prescrição ao instituto da reincidência, o nosso Código Penal impediu o caráter perpétuo da reincidência, o qual é considerado inconstitucional pela Constituição Federal, e conferiu-lhe temporariedade, estabelecendo uma limitação temporal.

Importante ressaltar que o doutrinador, ao tratar da prescrição da reincidência prevista no art. 64, I, do Código Penal, demonstrou duas posições a respeito da aplicação do sistema da temporalidade aos antecedentes criminais,

Tal sistema, conhecido como da temporariedade, e que tem por objetivo evitar que uma condenação criminal marque perpetuamente a vida do agente, limita os efeitos da reincidência no tempo.

A dúvida reside na possibilidade de sua aplicação aos antecedentes criminais. Há duas posições:

(i) de acordo com a primeira posição, continuam a gerar os maus antecedentes, portanto não se aplica o disposto no art. 64, I, do CP. A existência de condenações penais anteriores irrecorríveis, mesmo revelando-se inaplicável a circunstância agravante da reincidência, ante o que dispõe o art. 64, I, do CP, não inibe o Poder Judiciário de considerá-las, no processo de dosimetria da pena, como elementos caracterizadores de maus antecedentes. Justifica-se o período depurador relativo à reincidência, de cinco anos, haja vista que tal circunstância acarreta vários gravames ao agente. Já os antecedentes possuem apenas um efeito, qual seja, mensurar a pena-base, e dependem do critério do julgador, sendo de consideração facultativa, não havendo por que se falar em caducidade dos maus antecedentes. **Essa é a nova posição do STF, consoante julgamento do RE 593.818, no qual ficou definido que o prazo de 5 anos, previsto no art. 64, I, do CP, não impede o reconhecimento de maus antecedentes para fins de fixação da pena-base.**

(ii) **Em contrapartida, a segunda posição defende que não geram os maus antecedentes, portanto se estende o critério previsto no art. 64, I, do CP aos maus antecedentes.** A reincidência é de efeito limitado no tempo. Também os antecedentes criminais não são perpétuos. Os adeptos dessa corrente sustentam que o estigma da sanção criminal não é perene. Limita-se no tempo. Transcorrido o tempo referido sem outro delito, evidencia-se a ausência de periculosidade. O condenado quita a sua obrigação com a justiça penal. Conclusão válida para os antecedentes, pois seria ilógico afastar expressamente a agravante e persistir genericamente para recrudescer a sanção aplicada.

O STJ, apesar de adotar a primeira corrente, tem decisão no sentido de que, quando os registros forem muito antigos, admite-se o afastamento de sua análise desfavorável, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento (STJ, 6ª Turma, HC 452.570/PR, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 2-2-2021).

Tal ponto tem grande relevância, pois, de acordo com a obra, após o decurso do tempo desde o cometimento do fato criminoso, que tenha sido condenado e transitado em julgado, sem que haja o cometimento de novo fato criminoso, demonstra-se a ausência de perigo e a sua normal reinserção social, considerando-se, então, que o agente tenha quitado sua obrigação para com a Justiça Penal.

Além disso, deve-se ser cauteloso ao utilizar a reincidência e os maus antecedentes criminais, sendo vedada a utilização da mesma condenação para gerar a agravante da reincidência e dos maus antecedentes criminais, sob pena de *ne bis in idem*.

Nesse condão, Nucci (2021) discorre, na obra Criminologia, que é imprudente unificar a reincidência — utilizada para agravar a pena do acusado — ao cenário da

dupla punição pelo mesmo fato, ferindo o princípio *ne bis in idem* e o princípio constitucional da individualização da pena.

Outro ponto que nos soa insensato é ligar a reincidência, como agravante para elevar a pena do acusado, ao cenário da dupla punição pelo mesmo fato (o indevido *bis in idem*). A tese simplesmente ignora ou despreza o princípio constitucional da individualização da pena, pois o réu reincidente sofre uma pena mais elevada não porque esteja sendo punido, novamente, pelo mesmo fato já cometido. Ele está sendo mais severamente apenado porque cometeu um crime, foi devidamente apenado e, depois, voltou a delinquir. São fatos distintos e a punição, no tocante ao segundo, somente foi mais elevada por demonstrar que o indivíduo pouco ligou em relação à sua primeira condenação. Ele ignorou a primeira punição e tornou a delinquir; isso o levou à segunda condenação, por fato diverso, mas recebendo penalidade mais elevada.

Ser reincidente significa desprezar o primeiro crime e sua consequente punição, retornando à senda da criminalidade, merecendo uma sanção penal diferenciada. Isso tudo pode ser acrescido ao fato de haver delinquentes cuja reincidência é múltipla, não se podendo, mais uma vez, impor a responsabilidade por isso à sociedade ou ao Estado, como se o criminoso fosse a parte inocente, jogada em cenário injusto. A hipótese de recidiva plural, especialmente em delitos dolosos, como se fosse uma consequência determinista do universo em redor do criminoso, é simplória e irreal.

Diante de todo o exposto, é necessário estabelecer um limite temporal para os maus antecedentes criminais, tal como já existe em nosso ordenamento jurídico no que diz respeito ao instituto da reincidência, vez que, como já abordado, estamos diante de inconstitucionalidade ao ser permitido que os maus antecedentes criminais permaneçam de forma perpétua como punição dos agentes.

4 O CARÁTER PERPÉTUO DA APLICAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES E A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO *BIS IN IDEM* COM A UTILIZAÇÃO DE FORMA PERPÉTUA DOS MAUS ANTECEDENTES CRIMINAIS

Como já abordado no presente trabalho, a aplicação dos maus antecedentes criminais na vida pregressa do agente é realizada de forma perpétua, uma vez que sempre constará em seu registro criminal.

Ainda a respeito deste contexto, lecionaram os autores Zaffaroni e Pierangeli (2009) que a vedação constitucional às penas de caráter perpétuo não diz respeito somente à pena em si, mas também aos seus efeitos.

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

Destarte, é certo afirmar que o princípio ne bis in idem dispõe que ninguém poderá ser julgado pelo mesmo fato por duas vezes.

Neste mesmo sentido, Nucci (2024), em sua obra Curso de Direito Penal, discorre que, se o agente já liquidou a pena pelo crime de furto, quando for condenado por roubo o juiz não poderia elevar a pena deste último delito com base no crime anterior de furto; sendo assim, tal aumento constituiria punição dupla.

A Constituição Federal abrange diversos princípios; dentre eles, o princípio da individualização da pena, o qual está disposto no art. 5º, XLVI, da referida Carta Magna, onde se expressa que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes medidas: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

Logo, é possível verificar a não padronização da pena. Nucci (2024) ainda discorre que cada ser humano deve valer por si mesmo, detentor de qualidades e defeitos, ponderados, quando postos num cenário criminoso, pelo julgador de modo particularizado.

Ainda no mesmo sentido, o art. 5º, inciso XLVII, alínea “b”, da Constituição Federal prevê que não haverá penas de caráter perpétuo.

Apesar de a vedação de penas perpétuas estar expressamente prevista em nosso ordenamento jurídico, isso não ocorre na utilização dos maus antecedentes, sendo possível verificar a violação do princípio ne bis in idem em diversas condenações, como, por exemplo, ocorreu na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUTORIA. PROVA. RECONHECIMENTO PESSOAL. DOSIMETRIA. CAUSAS DE AUMENTO. DESLOCAMENTO. PRIMEIRA FASE. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÕES CRIMINAIS TRANSITADAS EM JULGADO. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. DIVERSOS REGISTROS PENAIIS. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA.

I - Há provas suficientes da autoria delitiva se a vítima de forma segura reconheceu o réu como sendo o autor do crime tanto em sede extrajudicial quanto em juízo.

II - Admite-se que, diante da presença de duas ou mais causas de aumento da pena, uma delas seja utilizada na primeira fase e a outra permaneça como causa de aumento para circunstanciar o roubo. Precedentes do STJ e do TJDF.

III - Não há que se falar em bis in idem se o réu ostenta diversas condenações criminais transitadas em julgado por crime praticado em data anterior ao delito em apuração, sendo uma delas utilizada na primeira fase a título de maus antecedentes e outra para caracterização da reincidência.

IV - Recursos conhecidos e desprovidos.

Contrariando algumas decisões e a doutrina majoritária, é de suma importância pontuar o voto do Ministro Gilmar Mendes, relator do Habeas Corpus nº 123.315/SP, no qual esclareceu que o agravamento da pena-base fundamentado em condenação transitada em julgado há mais de cinco anos não encontra amparo na legislação, referindo-se à analogia in malam partem, vedada no ordenamento jurídico brasileiro,

Advirto, outrossim, que o agravamento da pena-base com fundamento em condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos não encontra previsão na legislação, tampouco em nossa Carta Maior, tratando-se de analogia in malam partem, método de integração vedado no ordenamento jurídico. É que, em verdade, assiste ao indivíduo o “direito ao esquecimento”, ou “direito de ser deixado em paz”, alcunhado, no direito norte-americano de “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 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.

Sendo assim, considerados os conceitos já elencados neste artigo — que discorrem que o princípio *ne bis in idem* dispõe que o agente não deve ser punido duas vezes pelo mesmo fato; que define como reincidente o agente que comete novo crime dentro do prazo de 05 (cinco) anos de uma sentença condenatória transitada em julgado; e que, após esse prazo, a reincidência passa a constituir maus antecedentes —, fica demonstrada a violação do princípio *ne bis in idem*, tendo em vista que, novamente, de forma perpétua, o agente será punido por fato anterior já punido, mesmo após ultrapassado o lastro temporal de 05 (cinco) anos.

5 CONCEITO DE ANALOGIA

Após abordar o conceito dos maus antecedentes criminais e a reincidência, bem como a problemática da perpetuidade dos maus antecedentes, é de suma importância discutir o uso da analogia a fim de solucionar tal demanda.

No que tange ao conceito de analogia, trata-se da atribuição de aplicar a uma hipótese não regulada por lei uma disposição relativa a caso semelhante; não se trata de interpretação analógica, e sim de autointegração da lei, utilizada como meio de supressão de lacunas jurídicas (Capez, 2024, p. 50).

Do latim “*ubi eadem ratio, ibi eadem jus*”, significa que, onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito. Nesse sentido, para que haja validação da aplicação da analogia — isto é, para que ao caso não normatizado sejam atribuídas as mesmas consequências jurídicas concedidas ao caso regulamentado semelhante — é necessário que haja semelhança relevante entre ambos, denominada *ratio legis*.

No mesmo sentido, Fernando Capez explica que, quando se trata de analogia, inexistente norma reguladora do caso concreto em discussão no ordenamento jurídico, oportunidade em que será aplicada norma que trata de situação semelhante, ocorrendo, assim, a “criação” de nova norma jurídica para o caso não regulado.

Importante pontuar que há duas espécies de analogia: *in bonam partem*, utilizada em benefício do agente — cuja aplicação é explorada pelo referido artigo científico —; e *in malam partem*, vedada no direito penal, que se utiliza em prejuízo do agente.

Na obra do doutrinador supramencionado, ressalta-se a importância de não confundir aplicação analógica com interpretação analógica, vez que, tratando-se de interpretação analógica, esta versa sobre formulação genérica que deve ser aplicada aos casos concretos, sendo forma de interpretação; já a aplicação analógica constitui forma de autointegração.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora o ordenamento jurídico não disponha de um lastro temporal para a utilização dos maus antecedentes criminais, o art. 4º da LINDB dispõe que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito; assim, há possibilidade de aplicação da analogia no referido caso.

Nessa sequência, verifica-se jurisprudência publicada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que dispõe que a ausência de prazo para os maus antecedentes criminais infringe a garantia fundamental contra a aplicação de penas de caráter

perpétuo, ferindo, ainda, os princípios da humanização e da racionalidade da pena, além de tratar da utilização da analogia *in bonam partem*. Vejamos:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO MINISTERIAL. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. SANEAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS-ANTECEDENTES NÃO VERIFICADOS FRENTE AO PERÍODO DEPURADOR. EMBARGOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE ACOLHIDOS, COM O SUPRIMENTO DA OMISSÃO, SEM A CONCESSÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. 1. A existência de omissão e obscuridade no julgado embargado acarreta o acolhimento dos embargos declaratórios, contudo, sem concessão de efeitos infringentes. 2. A regra do art. 64, I do CP, que afasta a reincidência quando o novo crime é praticado após o transcurso de lapso temporal superior a 05 (cinco) anos do cumprimento ou extinção da pena, deve ser igualmente aplicada, por analogia *in bonam partem*, ao conceito de maus antecedentes. 3. A ausência de prazo depurativo de "maus antecedentes" acarreta inquestionável violação à garantia fundamental da impossibilidade de aplicação de penas de caráter perpétuo, ferindo ainda os princípios da humanização e racionalidade da pena. 4. Pode o julgador, fundamentadamente, afastar a incidência de "maus antecedentes" caso a condenação tida como parâmetro esteja demasiadamente distanciada no tempo (Tema n.º 150, STF). 5. Decorrido o prazo depurador a que alude o art. 64, I, do CP, não podem as condenações referidas na r. sentença interferirem na pena do acusado. 5. Embargos conhecidos e parcialmente acolhidos, com o suprimento da omissão, sem a concessão de efeitos infringentes.

Diante disso, a fim de resolver tal inconstitucionalidade em nosso ordenamento jurídico, considerando a possibilidade de aplicação da analogia prevista em nosso ordenamento, torna-se necessário que tal assunto seja abordado de forma mais profunda por nossos juristas, uma vez que é notória a falta de cautela ao permitir que um indivíduo seja punido de forma perpétua.

Não estamos diante de um caos sem precedentes; como já foi pontuado e demonstrado, já existem jurisprudências a favor da adoção de um lastro temporal para os maus antecedentes criminais, de forma analógica à reincidência.

REFERÊNCIAS

Acórdão 830847, 20120111941903APR, Relator: NILSONI DE FREITAS CUSTODIO, Terceira Turma Criminal, data de julgamento: 6/11/2014, publicado no DJE: 12/11/2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** - Parte Geral Vol.1.28. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. p.446. ISBN 9788553622696.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 31. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. E-book. p.51. ISBN 9788553620821.

DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942 - Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm

DINIZ, Augusta; VIANA, Ruth A. **Direito Penal** - Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. p.383. ISBN 9786559649341.

HABEAS CORPUS 126.315 SÃO PAULO, Relator MIN. GILMAR MENDES, Segunda Turma, data de julgamento: 17/03/2015.

LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995 - Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm

NUCCI, Guilherme de S. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. E-book. p.222. ISBN 9786559641437.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. p.641. ISBN 9786559649228.

TJMG - Apelação Criminal 1.0000.24.447398-9/001, Relator(a): Des.(a) Sálvio Chaves , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 11/12/2024, publicação da súmula em 11/12/2024

TJMG - Apelação Criminal 1.0000.24.473537-9/001, Relator(a): Des.(a) Valladares do Lago , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 12/02/2025, publicação da súmula em 14/02/2025

TJMG - Apelação Criminal 1.0210.21.000628-9/001, Relator(a): Des.(a) Marcílio Eustáquio Santos , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 31/08/2022, publicação da súmula em 02/09/2022

TJMG - Embargos de Declaração-Cr 1.0000.24.381683-2/002, Relator(a): Des.(a) Daniela Villani Bonaccorsi Rodrigues , 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/02/2025, publicação da súmula em 06/02/2025

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI José Henrique.. Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral / 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 673.

