

HABEAS CORPUS Nº 402.752 - MS (2017/0135432-0)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JOACIR DA SILVA AUGUSTO (PRESO)

DECISÃO

JOACIR DA SILVA AUGUSTO, paciente neste habeas corpus, alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul** (Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0003672-60.2015.8.12.0008/50000).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, porque trazia consigo, para fins de difusão ilícita, **22 gramas de cocaína**.

A impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o registro condenatório do réu teve a pena extinta há mais de 5 anos, motivo pelo qual não pode ser sopesado a título de maus antecedentes, porquanto já atingido pelo período depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal.

Afastados os maus antecedentes, afirma que deve ser aplicada a minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, "haja vista o preenchimento de todos os requisitos legais" (fl. 20).

Requer a concessão da ordem, para que sejam afastados os maus antecedentes e, por conseguinte, seja reduzida a pena-base e aplicada a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Não houve pedido de liminar e, diante da suficiente instrução dos autos, foi dispensada a solicitação de informações à autoridade apontada como coatora.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não

conhecimento do habeas corpus.

Decido.

I. Maus antecedentes – relativização no caso concreto

A Corte estadual, ao manter – por maioria de votos – o entendimento de que o paciente seria possuidor de **maus antecedentes**, assim fundamentou (fls. 337-338):

Extrai-se dos autos que o juiz prolator da sentença condenatória valorou negativamente os antecedentes do réu, diante da folha de antecedentes criminais juntadas às fls. 68/7, **onde consta uma condenação transitada em julgado em 26/08/91, com imputação do crime previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, com pena de 06 meses de detenção.**

O douto Relator entendeu que a existência da referida condenação não caracteriza maus antecedentes, tendo em vista o transcurso do lapso temporal superior a 5 (cinco) anos, pois sequer implica reincidência.

Pois bem. É sabido que o período depurador da reincidência é de 05 anos, da data do cumprimento ou extinção da pena, nos termos do art. 64, inc. I, do CP:

[...]

Por esse motivo, diversamente da reincidência, os maus antecedentes não caduca, uma vez que incide uma única vez, como circunstância judicial do art. 59 do CP, sem qualquer outro agravamento em desfavor do réu.

[...]

Tem-se, assim, que mesmo ultrapassado o lapso temporal de cinco anos, a condenação anterior transitada em julgado pode ser considerada como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do CP.

Dúvidas não há de que, "Nos termos da orientação desta Casa, é possível a exasperação da pena-base com fulcro em condenações anteriores transitadas em julgado há mais de 5 (cinco) anos, porquanto, apesar de não espelharem a reincidência, pois alcançadas pelo período depurador previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, podem ser utilizadas para caracterizar os maus antecedentes do réu. Precedentes." (**AgRg no HC n. 358.465/SP**, Rel. Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**, 6ª T., DJe 10/2/2017).

Superior Tribunal de Justiça

Sem embargo desse entendimento, **as peculiaridades deste caso concreto** me levam a decidir de forma distinta.

Com efeito, as instâncias ordinárias, ao concluírem pela existência de maus antecedentes, fizeram referência a somente uma condenação anterior: **porte de drogas para consumo próprio, perpetrado ainda na vigência da Lei n. 6.368/1976, em que foi aplicada ao acusado pena de 6 meses de detenção, cujo trânsito em julgado ocorreu em 26/8/1991.**

Dadas tais peculiaridades, tenho a compreensão de que não há como reconhecer a existência de maus antecedentes e afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas pela simples existência de uma condenação transitada em julgado com extinção da punibilidade há tanto tempo, máxime porque, conforme consignou o Desembargador relator dos embargos infringentes e de nulidade (vencido), "durante o transcurso de mais de 25 anos desde a extinção da pena, não voltou a delinquir" (fl. 333).

Saliento – **frise-se** – que não estou afirmando que o mero decurso do período depurador da reincidência seja suficiente para, por si só, impedir toda e qualquer valoração sobre os antecedentes, até porque a hipótese prevista no art. 64, I, do Código Penal trata tão somente da reincidência. Da mesma forma, não estou, simplesmente, descuidando de observar o entendimento desta Corte de que condenações prévias, com trânsito em julgado há mais de 5 anos, apesar de não ensejarem reincidência, podem servir de alicerce para valoração desfavorável dos antecedentes.

Contudo, considero que eternizar a valoração negativa dos antecedentes para afastar a minorante em questão, sem nenhuma ponderação sobre as circunstâncias do caso concreto, não se coaduna com o Direito Penal do fato.

Rememoro, por oportuno, que a discussão sobre o tema não é recente nesta Corte Superior de Justiça. Por ocasião do julgamento do **RHC n. 2.227/MG**, em sessão realizada no dia 18/12/1992, o Ministro **Vicente Cernicchiaro**, ao apreciar caso similar, enfatizou, em voto vencedor, que "o fato, como acontecimento histórico, nem sempre é relevante normativamente", havendo salientado que a norma inserta no inciso I do art. 64 do Código Penal "harmoniza-se com o sistema do Código Penal que subscreve o princípio - *tempus omnia solvet*". Nesse contexto, concluiu que "Não há, pois, estigma permanente no Direito Penal" (Relator Ministro Pedro Acioli, rel. p/ acórdão Ministro Vicente Cernicchiaro, 6ª T., DJ 29/3/1993).

Confira-se, a propósito, a íntegra do voto vencedor:

O crime ocorreu no dia 5 de março de 1991 (fls. 99).

Quanto ao delito anterior, pelo qual o Paciente também foi condenado, aos 14 de fevereiro de 1981, cumpriu a pena no dia 24 de janeiro de 1985 (fls. 122).

Em sendo assim, entre o cumprimento da condenação e o crime seguinte, transcorreram mais de cinco anos.

Incide, por isso, o disposto no art. 64, I do Código Penal, *verbis*:
[...]

Essa norma harmoniza-se com o sistema do Código Penal que subscreve o princípio - *tempus omnia solvet*. Tanto assim a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória se operam com o passar do tempo.

A reincidência, por sua vez, não é considerada.

Ocorrem, pois, extinção da punibilidade e não caracteriza circunstância agravante.

Coordena-se, ademais, com as regras do Direito Penal e Criminologia modernas, **visto longo espaço entre o cumprimento da pena e a nova infração denotar ausência de periculosidade, configurando, pois, conduta não voltada para a criminalidade.**

Não há, pois, estigma permanente no Direito Penal. Nem menos para executar a pena.

Dessa forma, o fato não poderia ser levado em conta como antecedente negativo.

Repita-se, o fato, como acontecimento histórico, nem sempre é relevante normativamente. A hipótese dos autos, *data venia*, é ilustração eloquente.

Faço menção – também para enfatizar as implicações do transcurso do tempo no Direito e nas relações humanas – a dois recursos especiais julgados pela Quarta Turma deste Superior Tribunal, ambos de relatoria do **Ministro Luis Felipe Salomão**. O primeiro, o **REsp n. 1.334.097/RJ**, relativo ao caso conhecido como "Chacina da Candelária"; o segundo, o **REsp n. 1.335.153/RJ**, referente ao caso "Aida Curi", ambos publicado no DJe de 10/9/2013.

Os votos condutores dos acórdãos citados pontuaram que:

5. A tese do direito ao esquecimento ganha força na doutrina jurídica brasileira e estrangeira, tendo sido aprovado, recentemente, o Enunciado n. 531 na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STJ, cujo teor e justificativa ora se transcrevem:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Artigo: 11 do Código Civil

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

A teoria em apreço encontra inspiração em artigo intitulado *The Right to Privacy*, de autoria de Samuel D. Warren e do então futuro juiz da Suprema Corte norte-americana Louis Brandeis, publicado em 15/12/1890, em edição da *Harvard Law Review* (Vol. IV, December 15, 1890, N. 5), que bem desdobra o *right to be let alone*.

É certo que tanto o artigo quanto os casos debatidos nos citados julgados tratam da extensão do dano pela violação do direito à privacidade e do direito de ser deixado em paz (direito ao esquecimento), **na esfera civil**. Entretanto, entendo que a essência dessa doutrina – **com adaptações e temperamentos, por óbvio** – pode ser invocada no caso, pois, no que diz respeito ao direito de ser esquecido, de que é titular aquele sobre quem recai o peso de uma condenação penal, o substancial voto lançado no referido **REsp n. 1.334.097/RJ** não poderia ser mais esclarecedor:

Especificamente no que concerne ao confronto entre o direito de informação e o direito ao esquecimento dos condenados e dos absolvidos em processo criminal, a doutrina não vacila em dar prevalência, em regra, ao último, ressalvando-se – como aqui se ressaltou – a hipótese de crimes genuinamente históricos, quando a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável:

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o

interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, **a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade**. Ele há de ter o **direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária** (MENDES, Gilmar Ferreira [et. al.]. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 374).

Mas não é por isso tudo que a informação ou comunicação de fatos criminosos sejam ilimitadas, infensas a qualquer restrição. Máxime quando se tem em conta a divulgação de um fato criminoso associado a certa pessoa a quem se atribua sua autoria. Há uma primeira restrição que, na palavra de Hermano Duval, diz com o **direito ao esquecimento que assiste ao condenado**, o que para Costa Andrade representa um direito à ressocialização do criminoso, não estranho à legislação pátria [...]

Por esse direito, então, **aquele que tenha cometido um crime, todavia já cumprida a pena respectiva, vê a propósito preservada sua privacidade, honra e imagem**.

Cuida-se inclusive de **garantir ou facilitar a interação e reintegração do indivíduo à sociedade**, quando em liberdade, cujos direitos da personalidade não podem, por evento passado e expirado, ser diminuídos.

Isso encerra até corolário da admissão, já antes externada, de que fatos passados, em geral, já não mais despertam interesse coletivo. Assim também com relação ao crime, que acaba perdendo, com o tempo, aquele interesse público que avultava no momento de seu cometimento ou mesmo de seu julgamento.

É claro que essa consideração não se aplica àqueles crimes históricos, que passam enfim para a história, aos grandes genocídios, como é o exemplo nazista, citado por Costa Andrade. Aliás, pelo contrário, **esses são casos que não devem mesmo ser esquecidos** (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2001, p. 89-90).

Com efeito, 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 que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda.

E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um **direito à esperança**, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana. Destaque no original.

Também não posso deixar de mencionar o **HC n. 256.210/SP** (DJe 13/12/2013), de minha relatoria, em que a Sexta Turma deste Superior Tribunal, **à unanimidade**, concluiu – agora, sim, especificamente no âmbito do Direito Penal – que o lapso temporal entre a última condenação e a prática da infração apurada naquele *writ* – quase 14 anos – justificava a não influência das condenações anteriores (que se originaram de condutas perpetradas nas décadas de 70, 80 e 90) para fins de exasperação da pena-base, a título de maus antecedentes.

Igualmente, faço menção ao **REsp n. 1.160.440/MG** (DJe 31/3/2016), também de minha relatoria, em que a Sexta Turma, à unanimidade, novamente decidiu relativizar a existência de dois registros penais antigos, de modo a não lhes imprimir excessivo relevo a ponto de impedir a incidência da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Confira-se, a propósito, a ementa redigida para o julgado:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. FRAÇÃO DA MINORANTE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. RECURSO 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 afastar a aplicação da minorante

prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas pela simples existência de duas condenações transitadas em julgado com extinção da punibilidade há tanto tempo, máxime porque, além de o recorrido ser tecnicamente primário ao praticar o crime em comento, não há notícias de que se dedique a atividades delituosas ou de que integre organização criminosa.

3. Se o transcurso do tempo impede que condenações anteriores configurem reincidência, esse mesmo fundamento - o lapso temporal - deve ser sopesado na análise das condenações geradoras, em tese, de maus antecedentes.

4. Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não tenha decidido o mérito do RE n. 593.818 RG/SC - que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes -, **no caso, firme na ideia que subjaz à temporalidade dos antecedentes criminais, devem ser relativizados os dois registros penais tão antigos do acusado, de modo a não lhes imprimir excessivo relevo a ponto de impedir a incidência da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.**

5. A escolha do percentual de diminuição de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 decorre da discricionariedade vinculada do julgador, de modo que a alteração do quantum de redução nesta instância superior depende da demonstração de ilegalidade ou de teratologia, inexistente no caso.

6. Recurso especial não provido.

Há não muito tempo, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do **HC n. 126.315/SP** (DJe 7/12/2015), aqueceu a discussão a respeito da estipulação de um prazo limite para se considerar uma condenação como maus antecedentes. O **Ministro Gilmar Mendes**, relator, destacou a impossibilidade de que se atribua à condenação o status de perpetuidade, sob o fundamento de que "a possibilidade de sopesarem-se negativamente antecedentes criminais, sem qualquer limitação temporal *ad aeternum*, em verdade, é pena de caráter perpétuo mal revestida de legalidade".

Tenho por certo que foi também por esses fundamentos que o legislador de 1977, mediante a alteração na Parte Geral do Código Penal ocasionada pela Lei n. 6.146, instituiu a **temporalidade** para a reincidência e positivou o "período depurador" no art. 46, parágrafo único, então vigente, denominado no item 13 da respectiva Exposição de Motivos como "prescrição da reincidência", e cuja previsão normativa foi mantida no art. 64, I, do atual

Codex.

Aliás, 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 –, o Professor Dr. Luiz Luisi acentuou que "a proibição de penas perpétuas é um corolário da orientação humanitária ordenada pela Constituição, como princípio orientador da legislação penal" (trecho citado pelo Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido no HC n. 126.315/SP).

Com efeito, não se pode tornar perpétua a valoração negativa dos antecedentes, nem perenizar o estigma de criminoso para fins de aplicação da reprimenda, sob pena de violação da regra geral que permeia o sistema. Afinal, a transitoriedade é consectário natural da ordem das coisas. Se o transcurso do tempo impede que condenações anteriores configurem reincidência, esse mesmo fundamento – o lapso temporal – deve ser sopesado na análise das condenações geradoras, em tese, de maus antecedentes.

Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não tenha decidido o mérito do **RE n. 593.818 RG/SC** – que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes –, considero que, no caso, firme na ideia que subjaz à temporalidade dos antecedentes criminais, **deve ser relativizado o único registro anterior do acusado, tão antigo, de modo a não lhe imprimir o excessivo relevo que pretenderam as instâncias ordinárias.**

II. Nova dosimetria

Porque afastados os maus antecedentes, deve a pena-base do paciente ser reduzida ao mínimo legal (5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa), haja vista que todas as demais circunstâncias judiciais lhe foram tidas como favoráveis.

Por conseguinte, devem os autos retornar ao Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá – MS para se manifestar sobre a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a fim de que analise o eventual preenchimento dos **demais requisitos** necessários ao reconhecimento da benesse em questão, quais sejam, a não dedicação a atividades delituosas e a não integração em organização criminosa.

Registro que **essa mesma solução** – retorno dos autos ao Juízo de primeiro grau para a análise dos demais requisitos necessários para a aplicação da benesse prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas – foi adotada pela Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, em caso no qual se considerou que o único processo anterior existente em desfavor do réu não poderia ser considerado para fins de reincidência (**HC n. 390.038/SP**, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, DJe 15/2/2018).

III. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **concedo parcialmente a ordem**, para afastar os maus antecedentes do paciente, **reduzir a sua reprimenda-base** para o mínimo legal (5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa) e, por conseguinte, determinar o retorno dos autos ao Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá – MS, a fim de que analise o eventual preenchimento, pelo acusado, dos demais requisitos necessários ao reconhecimento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas (Processo n. 0003672-60.2015.8.12.0008).

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor desta decisão às instâncias ordinárias, para as providências cabíveis.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 11 de maio de 2018.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**