

DIREITO
V.9 • N.2 • 2023 - Fluxo Contínuo

ISSN Digital: 2316-381X
ISSN Impresso: 2316-3321
DOI: 10.17564/2316-381X.2023v9n2p61-73



STJ E STF: REFLEXÕES SOBRE AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE MAUS ANTECEDENTES E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

STJ AND STF: REFLECTIONS ON THE DECISIONS OF THE SUPERIOR
COURTS ON BAD BACKGROUND AND THE RIGHT TO BE FORGOTTEN

STJ Y STF: REFLEXIONES SOBRE LAS SENTENCIAS DE LOS
TRIBUNALES SUPERIORES SOBRE MALOS ANTECEDENTES Y
DERECHO AL OLVIDO

Selma Pereira de Santana¹
Samyle Regina Matos Oliveira²

RESUMO

O presente artigo objetiva discutir os diferentes posicionamentos do STJ e do STF a respeito da valoração dos maus antecedentes sem qualquer limitação temporal e da aplicação do direito ao esquecimento. Portanto, a partir de uma metodologia de revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, o trabalho traz um conjunto de reflexões jurídico-penais, criminológicas e constitucionais, que o aproxima do posicionamento do STJ. Contudo, entende que não é possível valorar os maus antecedentes quando se tratar de registros da folha de antecedentes muito antigos, em aplicação da teoria do esquecimento em razão do risco de estigmatização do indivíduo, em observância com princípio da humanidade e da necessidade de limitar a discricionariedade do aplicador. Porém, não há aqui qualquer pretensão de exaurir a questão, sobretudo, em outras searas e tipos penais específicos.

PALAVRAS-CHAVE

Direito ao Esquecimento; Maus antecedentes; Supremo Tribunal Federal; Superior Tribunal de Justiça

ABSTRACT

This article aims to discuss the different positions of the STJ and the STF regarding the valuation of bad records without any temporal limitation and the application of the right to be forgotten. Therefore, based on a methodology of bibliographical, legislative and jurisprudential review, the work brings a set of legal-penal, criminological and constitutional reflections, which brings it closer to the position of the STJ. However, it understands that it is not possible to value bad antecedents when dealing with very old antecedent records, in application of the theory of forgetting due to the risk of stigmatization of the individual, in compliance with the principle of humanity and the need to limit the applicator discretion. However, there is no intention here to exhaust the issue, especially in other areas and specific criminal types.

KEYWORDS

Right to be Forgotten. Bad Background. Federal Supreme Court; Superior Justice Tribunal

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo discutir las diferentes posiciones del STJ y del STF con respecto a la valoración de los malos registros sin ninguna limitación temporal y la aplicación del derecho al olvido. Por lo tanto, a partir de una metodología de revisión bibliográfica, legislativa y jurisprudencial, el trabajo trae un conjunto de reflexiones jurídico-penales, criminológicas y constitucionales, que lo acercan a la posición del STJ. Sin embargo, entiende que no es posible valorar malos antecedentes cuando se trata de registros de antecedentes muy antiguos, en aplicación de la teoría del olvido por el riesgo de estigmatización del individuo, en cumplimiento del principio de humanidad y la necesidad de limitar criterio del aplicador. Sin embargo, no se pretende aquí agotar el tema, especialmente en otros ámbitos y tipos penales específicos.

PALABRAS CLAVE

Derecho al Olvido; Malos Antecedentes; Supremo Tribunal Federal; Tribunal Superior de Justicia

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo discutir os diferentes posicionamentos dos Tribunais a respeito da valoração dos maus antecedentes sem qualquer limitação temporal. O STJ (AgRg no REsp 1875382/MG, 20/10/2020) entende que não é possível valorar os maus antecedentes quando se tratar de registros da folha de antecedentes muito antigos, em aplicação da teoria do esquecimento.

O STF (RE 593818, 18/08/2020 – Tema 150), por outro lado, decidiu em repercussão geral que penas extintas há cinco anos não configuram reincidência, mas podem ser considerados como maus antecedentes em nova condenação. Em fevereiro de 2021, o STF concluiu que direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal, no Recurso Extraordinário 1010606, ao decidir sobre a aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares.

Diante disso, o trabalho enfrentará o seguinte problema: Do ponto de vista jurídico-penal, em relação aos maus antecedentes, é mais razoável a decisão do STF ou a decisão do STJ sobre a aplicação da teoria do esquecimento?

Nota-se que a doutrina e a jurisprudência se esforçam para construir definições técnicas e/ou jurídicas para a reincidência e ou maus antecedentes, mas as divergências retratam a necessidade de uma maior discussão tema que tangenciará também uma compreensão sobre o direito ao esquecimento. Por essa razão, o presente trabalho, realizado por meio de uma pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, abordará sobre a) Os maus antecedentes e a reincidência criminal b) O direito ao esquecimento e as decisões do STJ e STF.

2 OS MAUS ANTECEDENTES E A REINCIDÊNCIA CRIMINAL

Segundo o STJ, o conceito de maus antecedentes é mais amplo do que o da reincidência¹, uma vez que envolve as condenações definitivas que não caracterizam a reincidência (artigos 61, I e 63 do CP). O STF, em repercussão geral, no RE 593818, decidiu que o prazo de 5 anos de depuração da reincidência (art. 64, I do CP) não se aplica aos maus antecedentes, o que significa, em outras palavras, que se ocorrer uma nova infração penal após o período depurador não haverá reincidência, mas a caracterização de antecedentes criminais.

Além dessa hipótese em que há prática de nova infração penal após o período depurador, pode-se apontar os casos em que há mais de uma condenação definitiva², os casos em que há condenação

1 O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo do que o da reincidência, abrange as condenações definitivas, por fato anterior ao delito, transitadas em julgado no curso da ação penal e as atingidas pelo período depurador, ressalvada casuística constatação de grande período ou pequena gravidade do fato prévio (AgRg no AREsp 924.174/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016).

2 Uma das condenações será considerada como reincidência e a outra como maus antecedentes.

definitiva após nova infração penal³ e quando há a condenação definitiva por crime militar próprio ou crime político (art. 64, II do CP).

Observa-se, contudo, a inexistência de previsão legislativa para a caducidade do lapso temporal a que se referem os antecedentes criminais. Diante disso, seria possível a teoria do esquecimento em relação aos registros da folha de antecedentes muito antigos, a fim de evitar a valoração de maus antecedentes?

Essa é uma das questões que será enfrentada no próximo tópico. Antes disso, porém, importa discutir sobre a reincidência.

Segundo Zaffaroni e Pierangeli (2008, p. 719) a reincidência “decorre de um interesse estatal de classificar as pessoas em “disciplinadas” e “indisciplinadas”. De acordo com art. 63 do CP, a reincidência ocorre “(...) quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Contudo, a reincidência se caracteriza quando o réu foi condenado (art. 63 do CP e art. 7º da Lei de Contravenções Penais): a) por crime e depois por crime b) por crime e depois por contravenção c) por contravenção e depois por contravenção. Porém, não se evidencia quando o réu é condenado por contravenção e depois por crime. Essa última situação gera maus antecedentes e não reincidência⁴.

De acordo com a redação da súmula 241 do STJ, “a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”. E justamente por essa razão que nos casos em que há mais de uma condenação criminal transitada em julgado, uma poderá configurar como reincidência e a outra como maus antecedentes (Nota 3). Sem dúvidas, a pretensão é afastar o *bis in idem*.

Em relação aos atos infracionais, importa destacar que aqueles que ainda não transitaram em julgado não podem ser considerados maus antecedentes, ou seja, o juiz⁵ não pode aumentar a pena-base do réu com base em atos infracionais, assim como também não configuram reincidência. Sobre os crimes hediondos, importa compartilhar:

Em regra, a reincidência é genérica, não importando qual a infração penal cometida ou os nexos desta dentro de si. Contudo, o art. 44, II do CP e a Lei n. 8.072/90 utilizam o conceito de reincidência específica, ou seja, aquela que requer a identidade entre os crimes para se caracterizar (MACHADO; AZEVEDO, 2019, p. 111).

3 Nesse caso, quando ocorre a prática da segunda infração, ainda não há condenação a primeira. Porém, quando ocorre a sentença da segunda, já o trânsito em julgado da infração anterior. Nessa situação, a condenação definitiva pode ser valorada como antecedentes criminais. A esse respeito: HC STJ 210787/RJ. Condenação por fato posterior ao crime em julgamento não gera maus antecedentes. Mas se o fato é anterior e a condenação transita em julgado no decurso do processo em análise, não há que se falar em reincidência, mas serve para valorar negativamente os antecedentes do réu.

4 À luz da súmula 636 do STJ a comprovação dos maus antecedentes e da não reincidência não precisa ser feita, obrigatoriamente, por certidão cartorária. Pode ser feita com a juntada de mera folha de antecedentes criminais do réu. Pode ser demonstrada com informações processuais extraídas de sítios eletrônicos dos tribunais (INFO 982 do STF).

5 O juiz pode utilizar as anotações dos atos infracionais como fundamentos da prisão preventiva (STJ – 6ª Turma AgRg no HC 572.617/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 9 de junho de 2020).

Do ponto de vista criminológico, tanto a reincidência como os maus antecedentes funcionam como uma espécie de rótulo criminal⁶ que produz a perpetuação do comportamento criminoso e a aproximação recíproca dos indivíduos estigmatizados (SANTOS apud SHECAIRA, p. 264).

Para Zaffaroni e Pierangeli (2008, p. 717):

[...] tampouco se compreende ser mais provável que alguém venha a cometer um delito porque foi intimado, dias antes, de uma sentença condenatória definitiva, quando, por qualquer inconveniente burocrático, poderia vir a ser intimado uns dias após, e, portanto, não tivesse transitado em julgado essa sentença, quando da prática do segundo delito.

Silva (2014, p. 66), ao fazer uma crítica à Reincidência e aos maus antecedentes a partir da teoria do *labelling approach*, conclui que tais institutos “são mecanismos que atuam no sentido de fazer presumir a periculosidade de uma pessoa” e torná-la “alvo predileto de novas investigações e investidas do poder”.

Cumprido esclarecer que a teoria do *labelling approach*, conhecida também por etiquetamento, surgiu, precipuamente, nos Estados Unidos, no início dos anos 60 (SHECAIRA, 2018). Segundo Baratta (1983, p. 147) a introdução do *labelling approach* determinou no seio da criminologia contemporânea uma troca de paradigmas mediante a qual os mecanismos de reação social vieram ocupar um lugar cada vez mais central.

Em suma, uma coisa é a função declarada legalmente e outra é a função latente e real da reincidência e dos maus antecedentes. E é com essa perspectiva que se faz necessário refletir sobre o posicionamento do STJ (AgRg no REsp 1875382/MG, 20/10/2020) no sentido de não valorar os maus antecedentes quando se tratar de registros da folha de antecedentes muito antigos e o entendimento do STF, ao decidir que as penas extintas há cinco anos não configuram reincidência, mas podem ser considerados como maus antecedentes em nova condenação (RE 593818, 18/08/2020 – Tema 150).

3 O DIREITO AO ESQUECIMENTO E AS DECISÕES DO STJ E STF

O Brasil é um Estado Democrático de Direito, norteado por inúmeros princípios, dentre os quais está o basilar princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da humanidade, o princípio da presunção da inocência etc. Sobre o último, vale lembrar que impede que inquéritos policiais em andamento ou já arquivados sejam considerados como maus antecedentes, assim como ações penais em curso ou já encerradas com decisão absolutória, como bem sintetiza o raciocínio a súmula 444 do STF: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Observa-se, porém, que um dos desafios trazidos pelo paradigma (garantista) da democracia constitucional é o problema do ativismo judicial, intimamente ligado com a discricionariedade dos juízes. Isso fica evidenciado, sobretudo, nas situações de divergências como é o que o caso das decisões do STJ (AgRg no REsp 1875382/MG, 20/10/2020) e do STF (RE 593818, 18/08/2020 – Tema 150), objetos de especial interesse no presente trabalho.

⁶ Cristalizado em folhas de antecedentes, certidões criminais, ou surgido mediante a divulgação sensacionalista da mídia.

3.1 O DIREITO AO ESQUECIMENTO

A Lei de Imprensa, lei nº 5.250/1967, prevê em seu art. 21, §2º, como crime de difamação a publicação ou transmissão, salvo se motivada por interesse público, de fato delituoso, se o ofendido já tivesse cumprido a pena a que tivesse sido condenado em virtude do seu cometimento.

Apesar dessa previsão legislativa, Ballardim (2021, p. 203-204) aponta o final do século XX como um marco da inclusão do direito ao esquecimento⁷, pela doutrina brasileira, aos conceitos de vida privada, lembranças pessoais, intimidade do lar e outros correlatos e o início do século XXI, mais precisamente, o ano de 2004, como um marco de inclusão do direito ao esquecimento como limitador da abordagem jornalística de fatos criminosos. Nesse sentido, aponta que o escrito de Carlos de Souza já destacava o princípio da ressocialização e o interesse público em reportagens sobre crimes históricos.

Moraes (2016), em sua dissertação sobre “O direito ao esquecimento na internet no contexto das decisões judiciais no Brasil” sintetiza os esforços que foram feitos pelo poder Judiciário na tentativa de solucionar a questão de processos emblemáticos, como os casos “Aída Curi” (REsp. nº 1.335/153/RJ), “Chacina da Candelária” (REsp. nº 1.334.097/97) e “Xuxa *versus* Google” (Processo nº 0024717-80.2010.8.19.0209). Porém, apesar dos esforços, os fundamentos não foram suficientes para efetivação do referido direito⁸.

De acordo com Ballardim (2021, p. 205) “o primeiro caso de repercussão a alcançar os tribunais brasileiros com relação ao direito ao esquecimento envolveu uma socialite, vítima de homicídio em 1976”. Nessa ocasião, o programa televisivo Linha Direta, da Rede Globo, recontou a história em 2003, porém o autor da infração penal conseguiu uma liminar para impedir sua transmissão que posteriormente foi revogada. Após a transmissão, houve uma nova e última tentativa de pleitear indenização, que foi rejeitada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com fundamento na garantia da liberdade de expressão da emissora.

Observa-se, nessa situação, que o poder judiciário se inclinou em defesa da liberdade de expressão em detrimento do direito ao esquecimento suscitado pelo autor. Em outras palavras, a decisão do STF, em fevereiro de 2021, no Recurso Extraordinário 1010606, ratifica esse entendimento ao concluir que direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal, quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares na esfera cível.

Por outro lado, o interesse do presente trabalho recai sobre a aplicação (ou não) do direito esquecimento em infrações penais. Nesse sentido, importa destacar alguns aspectos favoráveis à aplicação: i) de ordem penal; ii) de ordem principiológica; iii) de ordem criminológica.

Em relação ao primeiro aspecto, vale lembrar que alguns dispositivos do Código Penal preveem a prescrição⁹ e, especificamente a Lei de Execução Penal, em seu artigo 202, bem como Código de

7 Em 2013, foi elaborado o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, com a finalidade de limitar a divulgação infinita de fatos pretéritos, que muitas vezes causam grandes transtornos aos envolvidos, ferindo o direito fundamental à privacidade e à intimidade.

8 A ideia do direito ao esquecimento surgiu amparada por *leading cases* estrangeiros europeus (casos “Lebach” e “Mario Costeja”), juntamente com diretivas da União Europeia que garantiram a proteção de dados sensíveis e pessoais aos envolvidos.

9 Artigos 109 a 118 do CP.

Processo Penal, artigo 748, preveem o sigilo sobre as condenações pretéritas após o cumprimento ou a extinção da pena.

Sobre o aspecto de ordem principiológica, discriminado a seguir, importa destacar o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da humanidade do Direito Penal.

A respeito da questão de ordem criminológica, não se pode olvidar do risco da estigmatização do indivíduo caso não seja aplicado o direito ao esquecimento¹⁰. Essa preocupação está associada ao cumprimento de uma das funções da sanção penal. Nesse sentido, Oliveira (2017, 30) destaca que “a pena tem não apenas funções expressas, às quais correspondem as categorias da teoria dogmática da pena, mas também funções reais ocultas ou latentes”:

O poder estatal concede às suas instituições funções manifestas, que são expressas, declaradas e públicas. Trata-se de uma necessidade republicana; um poder orientador que não expresse para que é exercido não pode submeter-se ao juízo da racionalidade. Porém, em geral, essa função manifesta não coincide por completo com o que a instituição realiza na sociedade, ou seja, com suas funções latentes ou reais. (...) O poder estatal com função manifesta não-punitiva e funções latentes punitivas (ou seja, que não exprime diretamente suas funções reais) é muito mais amplo do que aquele que ostensivamente tem a seu cargo as funções punitivas manifestas. (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 88).

Portanto, além da função retributiva e preventiva, a sanção penal também objetiva a reinserção social do apenado na sociedade. Assim, do ponto de vista humano, seria justo que uma pessoa que “pagou” pelo ato que cometeu sofra com as consequências sem qualquer limite temporal? A partir dessa indagação, serão analisadas as decisões do STJ e do STF.

3.2 AS DECISÕES DO STJ E STF

No Agravo Regimental no Recurso Especial 1875382/MG, a Sexta Turma do STJ, decidiu aplicar a teoria do direito ao esquecimento ao entender que os registros da folha de antecedentes muito antigos não devem ser considerados maus antecedentes. A decisão faz menção ao art. 5.º, inciso XLVII, alínea b:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ANTERIORES. ART. 157, § 2.º, INCISO II, C.C. O ART. 14, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL E ART. 12 DA LEI N. 6.368/1976. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE MAIS DE 10 (DEZ) ANOS ANTES DO NOVO FATO DELITUOSO. DIREITO AO ESQUECIMENTO. PRECEDENTES. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. INVIABILIDADE.

¹⁰ Há de ressaltar, contudo, que crimes contra a humanidade e o genocídio merecem uma discussão à parte. Ferreira (2020, p. 160) entende, no seu trabalho sobre “A voz do testemunho: Memória, História e Acontecimento no Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade”, que o dever de memória (compromisso ético da/com a memória minha e do outro) se inscreve numa luta histórico-política e perpassa a vontade de justiça, a vontade de verdade e, conseqüentemente, a oportunidade de estabelecer-se uma outra versão sobre a história.

MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N. 7 DO STJ. PLEITOS PELO RECRUDESCIMENTO DO REGIME PRISIONAL E AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MANTIDO O QUANTUM DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, INSUBSISTENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

5. Além disso, o art. 5.º, inciso XLVII, alínea b, da Constituição da República estabelece a vedação de penas de caráter perpétuo, o que inviabiliza a valoração negativa dos antecedentes criminais sem qualquer limitação temporal (AgRg no REsp 1875382/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2020, DJe 29/10/2020)

O referido dispositivo constitucional está intimamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF/88), bem como princípio da humanidade do Direito Penal que consiste na vedação de penas (Art. 5º, XLVII CF/88) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento e cruéis. Na decisão, ficou expresso que “[...] a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem julgados no sentido de que os registros da folha de antecedentes muito antigos não devem ser considerados maus antecedentes, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento”.

Ainda segundo o STJ, a decisão do STF, em sessão de julgamento realizada em 18/08/2020 e quando da análise do RE n. 593.818/SC¹¹, “não afasta a possibilidade do decote da avaliação negativa dos antecedentes, em razão das peculiaridades do caso concreto, especialmente o extenso lapso temporal transcorrido”.

Contudo, o Agravo Regimental foi desprovido e os pleitos pela fixação do regime inicial fechado e inexistência de direito à substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos foram considerados insubsistentes por estarem alicerçados no eventual recrudescimento da pena privativa de liberdade pelo reconhecimento dos maus antecedentes.

Além da já mencionada decisão do STF, no RE n. 593.818/SC, o mesmo Tribunal, por maioria dos votos, declarou que o esquecimento não tem caráter próprio dos direitos constitucionais e concluiu que é incompatível com a Constituição, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais (RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, Tema 786).

Neste último julgamento, o STF decidiu sobre a aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares. Todavia, manteve o raciocínio apresentado no RE 59818, uma vez que ao considerar que não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal, implicitamente, afirmou que não se aplica o direito ao esquecimento.

Ademais, é importante chamar a atenção para a menção ao voto do eminente Ministro Dias Toffoli do STF, no RHC 118.977, DJE 04.04.2014:

11 Tese n. 150 – “Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal”.

Com efeito, a interpretação do disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal deve ser no sentido de se extinguirem, no prazo ali preconizado, não só os efeitos decorrentes da reincidência, mas qualquer outra valoração negativa por condutas pretéritas praticadas pelo agente. [] O homem não pode ser penalizado eternamente por deslizes em seu passado pelos quais já tenha sido condenado e tenha cumprido a reprimenda 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. Para tanto delimitou expressamente o legislador o prazo de Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça Advogados 21 cinco (5) anos para o desaparecimento dos efeitos da reincidência (CP, art. 64). **Se essas condenações não mais prestam para o efeito da reincidência, que é o mais, com muito maior razão não devem valer para os antecedentes criminais, que é o menos** (grifo nosso).

O voto do Ministro Dias Toffoli sinaliza para aplicação do direito ao esquecimento, conforme entendimento do STJ, ora defendido também no presente trabalho.

Ao tratar sobre o direito esquecimento sob o teste da proporcionalidade, a decisão traz:

Como se sabe, as restrições a direitos fundamentais devem ser compatíveis com o princípio da proporcionalidade. A doutrina e a jurisprudência decompõem essa análise em três testes mais específicos: (i) adequação – a medida deve ser apta, em tese, a produzir os objetivos pretendidos; (ii) necessidade – inexistência de alternativa menos gravosa e também idônea para a produção do resultado; e (iii) proporcionalidade em sentido estrito – os ônus impostos pela medida não podem ser mais intensos que os benefícios decorrentes de sua implementação. (RE 1.010.606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, p. 30).

Nos julgados, fica evidente que “entre os princípios mais invocados, surge a proporcionalidade e a razoabilidade, que exercem a função de verdadeiros curingas, servindo de muleta para todo e qualquer argumento jurídico” (Rosa et al., 2012, p. 119). Mas também é verdade que a Constituição de 1988 provocou, nitidamente, uma ruptura “paradigmática na história do direito brasileiro [...] conferindo ao Poder Judiciário e a todos os seus atores o papel de fiador dos direitos fundamentais e do regime democrático” (ROSA et al., 2012, p. 114). Neste contexto, portanto, é possível observar que

[...] a evolução da jurisprudência constitucional brasileira compreende três estágios bastante distintos e, em alguma medida, sobrepostos, a partir dos quais se impõe realizar um balanço crítico:

1. a fase da ressaca [...]
2. a fase da constitucionalização [...]
3. a fase ativista, cujo marco inicial pode ser considerado, simbolicamente, a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, em 2004, caracteriza-se por um crescente estímulo voltado à adoção de posturas pró-ativistas, que não se restringem a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, mas alcançam todas as instâncias (ROSA et al., 2012, p. 115).

E é com base nessas de reflexões que se defende como mais razoável a decisão do STJ, ao aplicar a teoria do esquecimento, isso porque: a) evita a estigmatização do indivíduo; b) limita a discricionariedade do aplicador da lei c) está em observância com princípio da humanidade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou refletir sobre as decisões dos tribunais superiores, especificamente STF e STJ, sobre maus antecedentes e o direito ao esquecimento. Sendo assim, a partir de uma análise jurídico-penal, em um primeiro momento o estudo abordou sobre os maus antecedentes e a reincidência criminal para, em seguida, analisar o direito ao esquecimento e as decisões do STJ e STF.

Com base em uma análise criminológica e, sobretudo, na teoria do *labelling approach*, o texto filiou-se ao posicionamento do STJ (AgRg no REsp 1875382/MG, 20/10/2020), no sentido de não valorar os maus antecedentes quando se tratar de registros da folha de antecedentes muito antigos.

Ao partir para a abordagem sobre o direito ao esquecimento aplicado a infrações penais, foram elencados três motivos favoráveis à aplicação: i) de ordem penal; ii) de ordem principiológica e iii) de ordem criminológica. Os argumentos suscitados também levaram a estabelecer uma distância em relação ao entendimento do STF, ao decidir que as penas extintas há cinco anos não configuram reincidência, mas podem ser considerados como maus antecedentes em nova condenação (RE 593818, 18/08/2020 – Tema 150).

Contudo, neste trabalho, a partir de reflexões jurídico-penais, criminológicas e constitucionais, entende-se que a decisão mais razoável é do STJ, isso porque: a) evita a estigmatização do indivíduo; b) limita a discricionariedade do aplicador da lei c) está em observância com princípio da humanidade. Porém, não há aqui qualquer pretensão de exaurir a questão, sobretudo, no âmbito cível, em que é necessário ponderar princípios importantes e, ainda, em relação a crimes contra a humanidade e genocídio.

REFERÊNCIAS

BALLARDIM, A. R. Direito ao esquecimento de infrações penais. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 15, p. 193-226, 2016. Disponível em: <https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/210>. Acesso em: 14 ago. 2021.

BARATTA, Alessandro. Sobre a criminologia crítica e a sua função na política criminal. Separata de documentação e direito comparado. Boletim do Ministério da Justiça, n. 13, p. 147, 1983.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC STJ 210787/RJ**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5091603>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130**. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 16 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1875382/MG**, 20/10/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1113818700/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1875382-mg-2020-0119085-1/inteiro-teor-1113818720>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 593818**, 18/08/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2642160&numeroProcesso=593818&classeProcesso=RE&numeroTema=150>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 924.174/DF**, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863264381/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-924174-df-2016-0145758-0>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1.010.606/RJ**, Rel. Min. Dias Toffoli. 2014.

FERREIRA, Erasmo da Silva. **A voz do testemunho: memória, história e acontecimento no relatório final da comissão nacional da verdade**. 2020. 227 f. Tese (Doutorado em Letras) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2020.

MORAES, Melina Ferracini. de. **O direito ao esquecimento na internet no contexto das decisões judiciais no Brasil**. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/2885/5/Melina%20Ferracini%20Ode%20Moraes.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

OLIVEIRA, Samyle Regina Matos. **A política criminal do Brasil e sua efetividade por meio das Políticas Públicas**. 2017. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho-PR, 2017.

ROSA, Alexandre Moraes da. [et ali; (organizadores) Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade. - Porto Alegre: Livrada do Advogado, 2012. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livrada do Advogado, 2012.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SILVA. Suzane Cristina da. Reincidência e maus antecedentes: crítica a partir da teoria do labelling approach. **Revista Liberdades**, IBCCRIM, nº 16, maio/ago. 2014, p. 51-68. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/21/Artigo03.pdf>: Acesso em: 6 maio de 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI; PIERANGELI. **Manual de Direito Penal brasileiro**. 7. ed. São Paulo: RT, 2008.

Recebido em: 15 de Dezembro de 2022

Avaliado em: 10 de Fevereiro de 2023

Aceito em: 22 de Março de 2023

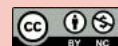


A autenticidade desse artigo pode ser conferida no site <https://periodicos.set.edu.br>

1 Doutora e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais. Procuradora de Justiça (Ministério Público Militar da União). Professora Associada 4 de Direito Penal, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (Graduação e Pós-Graduação - Linha de Pesquisa: Justiça Restaurativa). Coordenadora do Grupo de Pesquisas Justiça Restaurativa (cadastrado pelo CNPq).
E-mail: selmadesantana@gmail.com

2 Doutora em Direito pela UFBA. Advogada. Conselheira Estadual da OAB/SE. Vice-diretora da ESA. Professora e coordenadora na Universidade Tiradentes. Líder do Grupo de Pesquisa “Novos Paradigmas de Justiça e a Cooperação Judiciária Nacional”. E-mail: samyle.adv@gmail.com

Copyright (c) 2023 Revista Interfaces
Científicas - Direito



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

