HABEAS CORPUS Nº 461.755 - SP (2018/0190546-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		JULIANA MARTINS DE CARVALHO MONNERAT - SP225741
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DAVID AUGUSTO GOUVEIA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **DAVID AUGUSTO GOUVEIA**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, definitivamente, à pena de 2 anos de detenção, em regime aberto, como incurso no art. 129, § 9º, do Código Penal.

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo. Os embargos opostos foram rejeitados.

Neste *writ*, alega a impetrante a ocorrência de prescrição da punitiva, em razão de ter transcorrido mais de 4 anos entre a sentença e o trânsito em julgado. Destaca a prevalência do entendimento de que o acórdão confirmatório da condenação não interrompe o prazo prescricional.

Requer, liminarmente e no mérito, o provimento do recurso para que seja reconhecida a extinção da punibilidade.

A liminar foi indeferida.

As informações foram prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pela extinção da punibilidade.

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal e de recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

Antes de adentrar ao mérito, realça-se que, estabelecidas normas pelo pacto de convivência social, cujo parâmetro maior reside no texto constitucional, a infração às regras que tutelam os bens de relevante magnitude e que encontram especial proteção pelo Direito Penal – tais como a vida, a saúde, a propriedade, a dignidade, dentre outros –, enseja para o Estado o dever de impor sanções, no bojo de um processo penal atento às garantias da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Contudo, o exercício do *jus puniendi* encontra limitação não só nas garantias supradestacadas que conferem legitimidade a eventual decreto condenatório; é restringido também pelo tempo, cuja inércia ao longo de determinado prazo, fixado pelo preceito secundário do tipo penal, impõe ao Estado o dever de não mais agir. Esse dever estatal constitui a faceta do direito do cidadão agressor ao conceito mais atual de "*right to be forgotten*" ou "*right to be let alone*", é dizer, direito ao esquecimento.

No Direito Penal, o conceito já é regulamentado há anos, de um modo

amplamente considerado, pelos institutos da extinção da punibilidade (art. 107 do Código Penal) e da reabilitação (art. 93 do CP), considerando que, seja por um ato comissivo (como o perdão judicial ou do ofendido, por exemplo) ou omissivo (no qual o tempo, pelo seu decurso, age positivamente em favor do sujeito, tal como a prescrição ou a decadência), surge, indubitavelmente, o direito do agente regenerar-se perante a sociedade.

A considerar que a própria natureza humana, pelos seus meandros físicos e psicológicos, nos impele ao esquecimento pelo transcorrer dos dias e dos anos, de outra forma não poderia ter sido regulamentado o interesse, inato a todo indivíduo, de se burilar-se, seja por quais caminhos for (cumprimento de pena, extinção da punibilidade, perdão etc), perante seus pares e perante si mesmo.

Com efeito, "A perenização do estigma de criminoso para fins de aplicação da reprimenda não se coaduna com o princípio tempus omnia solvet e a teoria do direito ao esquecimento, cuja essência pode ser invocada, com temperamentos, em benefício daqueles sobre quem recai o peso de uma condenação penal há muito transitada em julgado" (AgRg no REsp 1720446/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 30/04/2019).

Confira-se:

> "AGRAVO REGIMENTAL MINISTERIAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE. VALORAÇÃO AFASTADA. ANTECEDENTE MUITO ANTIGO. DIREITO AO ESQUECIMENTO. DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.
> AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. APLICADA A OPÇÃO MAIS BENÉFICA. REGIMENTAL IMPROVIDO.
> 1. A não relevante quantidade de droga - 4,58g de maconha, 5,6g de crack, e 8,3g de cocaína -, desassociada de circunstâncias adicionais (inserção em grupo criminoso de maior risco social, atuação armada, envolvendo menores ou com instrumentos de refino da droga, etc.), não justifica a exasperação da pena-base, por inexistente anormal gravidade.
> 2. **Constatado o decurso de grande período de tempo, como no caso dos autos - mais de 14 anos do cumprimento da condenação anterior -, tem a Sexta Turma mitigado os efeitos das sentenças condenatórias anteriores, para o fim de reconhecimento de maus antecedentes, ensejando o direito ao esquecimento.** Precedentes.
> 3. Reconhecida a ausência de fundamentação para aplicação de duas restritivas de direitos, hipótese mais gravosa prevista no § 2º do art. 44 do CP, foi concedida a opção mais benéfica - uma restritiva de direitos mais multa, a ser definida pelo Juízo de origem.
> 4. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC 468.970/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 05/04/2019).

Recentemente, quanto às informações disponíveis nos buscadores da *internet*, a Corte Superior já se manifestou:

> "...a jurisprudência desta Corte Superior tem entendimento reiterado no

> sentido de afastar a responsabilidade de buscadores da internet pelos resultados de busca apresentados, reconhecendo a impossibilidade de lhe atribuir a função de censor e impondo ao prejudicado o direcionamento de sua pretensão contra os provedores de conteúdo, responsáveis pela disponibilização do conteúdo indevido na internet. Há, todavia, circunstâncias excepcionalíssimas em que é necessária a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado, nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardam relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo. Essa é a essência do direito ao esquecimento: não se trata de efetivamente apagar o passado, mas de permitir que a pessoa envolvida siga sua vida com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente rememorado e perenizado por sistemas automatizados de busca" (Informativo n. 628, de 3/8/2018, relativo ao REsp 1.660.168-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. Acd. Min. Marco Aurélio Bellizze, por maioria, julgado em 08/05/2018, DJe 05/06/2018).

Assim, feitas essas considerações, passa-se a analisar se resta configurado, no plano material, o direito ao esquecimento consagrado no art. 107, inciso, IV, primeira parte, do Código Penal.

A prescrição da pretensão punitiva superveniente tem por referência a pena em concreto, sendo aferida, nos termos do art. 109 do CP, após o trânsito em julgado da condenação e segundo os marcos interruptivos descritos no art. 117 do Código Penal.

Destacam-se, por oportuno, os seguintes dispositivos do Código Penal:

> "Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:
>
> IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;
> V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;
> VI - pela reincidência."

Sobre o tema, o TJSP, por maioria, acerca da alegada extinção da punibilidade, concluiu:

> "O ponto controvertido prende-se à possibilidade, ou não, de o Acórdão confirmatório de sentença condenatória ser marco interruptivo da prescrição.
> Tenho que não, pois, como se sabe, a Lei n° 11.596/2007 alterou o artigo 117, inciso IV do Código Penal, nos seguintes termos:
>
> > "Art. 117- O curso da prescrição interrompe-se:
> > (...)
> > IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;"
>
> Observo que, o novo texto legal utilizou o gênero "acórdão condenatório", não estabelecendo exceções em relação ao chamado "acórdão confirmatório de condenação".
> Ademais, ambos possuem natureza jurídica condenatória, devendo,

> portanto, ser interrompida a prescrição, nos termos do artigo 117, inciso IV, do Código Penal.
> Nesse sentido é o entendimento pretoriano que adoto:
> (...)
> Nessas condições, rejeito os embargos.

Por oportuno, destaco teor do voto vencido:

> "O recurso está prejudicado.
> O artigo 61 do Código de Processo Penal dispõe que "em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-la de oficio" e, como é cediço, a prescrição constitui matéria de ordem pública e sempre precede ao exame de qualquer outro tema.
> O réu foi condenado à pena de dois anos de detenção, com sentença publicada em 31 de agosto de 2011, havendo trânsito em julgado para a Justiça Pública; o prazo prescricional em concreto, então, é de quatro anos.
> O recurso de apelação foi bem processado e julgado por esta Egrégia Corte, decidindo, por maioria de votos, pela manutenção da sentença condenatória.
> Verifico, entretanto, que entre a publicação da sentença condenatória e o trânsito em julgado da decisão decorreu lapso superior a quatro anos, sendo atingido o lapso necessário para a ocorrência da prescrição.
> Isto porque, segundo o entendimento jurisprudencial prevalente, o acórdão meramente confiimatório da sentença condenatória não é causa de interrupção da prescrição.
> Ou seja, enquanto não transitada em julgada a condenação, prossegue o curso da prescrição, que somente cessa com o trânsito em julgado da condenação.
> Dispõe o artigo 117, inciso IV, do Código Penal, ao tratar do prazo prescricional, que dentre outras hipóteses, ele é interrompido pela publicação da sentença ou do acórdão condenatórios recorríveis.
> O dispositivo em tela recebeu redação da Lei n° 11.596, de 2007, a qual acrescentou à redação original o termo acórdão recorrível. Vale dizer, a reforma legislativa em questão tornou inquestionável que a "mens legis" obstava a interrupção da prescrição na hipótese de acórdão confirmatório da condenação.
> Confira os seguintes julgados:
> (...)
> ASSIM, PELO MEU VOTO, JULGO EXTINTA A PUNIBILIDADE DO RÉU DAVID AUGUSTO GOUVEIA, NOS TERMOS DO ARTIGO 107, INCISO IV, DO CÓDIGO PENAL, TORNANDO-SE PREJUDICADO O EXAME DE MÉRITO DO APELO.

Assim, no caso em apreço, o recorrente foi condenado à pena de 2 anos. Tendo em vista a pena a ele aplicada, considera-se o prazo prescricional do art. 109, inciso V, do Código Penal, de 4 anos. A publicação da sentença ocorreu em 31/8/2011, não sobrevindo outro marco interruptivo no prazo de 4 anos, porquanto acórdão

confirmatório da condenação não constitui baliza de interrupção do prazo prescricional.

Nesse sentido:

> "AGRAVO REGIMENTAL EM PETIÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA CONDENAÇÃO, MAS QUE MAJOROU A PENA APLICADA. NÃO OCORRÊNCIA DE NOVO MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. PRESCRIÇÃO CARACTERIZADA.
> 1. Nos termos do art. 117 do Código Penal, o prazo prescricional interrompe-se pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis. **O acórdão que confirma a condenação, mas majora ou reduz a pena, não constitui novo marco interruptivo da prescrição.**
> Precedentes: AgRg nos EDcl no AgRg no Ag 1.112.682/SP, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 1º/3/2016, DJe 9/3/2016; AgRg no AgRg no REsp 1.393.682/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/4/2015, DJe 6/5/2015, HC 243.124/AM, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2012 .
> 2. Hipótese em que o agravado foi condenado a penas superiores a 4 e inferiores a 8 anos de reclusão, incidindo, portanto, o prazo prescricional de 12 anos, nos termos do disposto no art. 109, inciso III, do Código Penal.
> 3. Da última causa interruptiva da prescrição, a publicação da sentença condenatória, em 24/1/2002, até a decisão agravada, observa-se o transcurso de mais de 12 anos para ambos os crimes imputados ao réu. Não tendo sido iniciado o cumprimento da pena nem tendo ocorrido nenhuma outra causa interruptiva, está caracterizada a prescrição.
> Agravo regimental improvido" (AgRg no RE nos EDcl no REsp 1.301.820/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, DJe 24/11/2016).

Desse modo, transcorrido mais de 4 anos desde o último marco interruptivo, qual seja, a publicação da sentença em 31/8/2011, denota-se o implemento da prescrição da pretensão punitiva superveniente (intercorrente ou subsequente).

Ante o exposto, nos termos do art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *writ*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para declarar a extinção da punibilidade nos autos da Ação Penal n. 0009035.87.2007.8.26.0050.

Publique-se. Intimem-se.

Comuniquem-se o teor desta decisão ao Juízo da 5ª Vara Criminal Central da Capital, bem como ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Com o trânsito em julgado, arquivem-se os autos.

Brasília (DF), 13 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator