

VOTO

O Senhor Ministro Dias Toffoli (Relator):

I – Delimitação do tema:

A questão que se quer dirimir é se o art. 112, inciso I, do Código Penal foi recepcionado pelo ordenamento jurídico, à luz do art. 5º, incisos II e LVII, da Constituição da República.

O dispositivo em foco possui a seguinte redação:

“Art. 112 - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, **para a acusação**, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional”.

Os parâmetros constitucionais, por sua vez, são os seguintes:

“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:

(...)

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Tendo em vista esses dispositivos e, em especial, o entendimento recém-manifesto por esta Suprema Corte de que o trânsito em julgado para ambas as partes é condição para a execução da pena (ADC 43, 44 e 54), restabeleceu-se a controvérsia acerca de qual é o termo inicial para a contagem da pretensão executória do Estado: se o trânsito em julgado para a acusação (literalidade do inciso I do art. 112 do Código Penal supracitado) ou o trânsito em julgado para a acusação e a defesa.

Desse modo, a constitucionalidade ou não do inciso I do art. 112 do Código Penal estaria diretamente relacionada com a recente interpretação do Supremo Tribunal Federal de que o Estado não pode determinar a execução da pena contra condenado com base em título executivo não definitivo, em razão da prevalência do princípio da presunção de inocência (insculpido no art. 5º, LVII, CRFB).

No que tange a quando a execução da pena pode ser iniciada, há de se recordar que esta Suprema Corte já oscilou entre dois entendimentos sobre isso: i) apenas depois do trânsito em julgado para ambas as partes (título judicial definitivo) ou ii) já no esgotamento das instâncias jurisdicionais ordinárias (título judicial provisório).

É oportuno, por isso, fazer um breve histórico dessas duas vertentes.

II - Evolução da jurisprudência da Suprema Corte – princípio da presunção de inocência – art. 5º, inciso lvii, da CRFB:

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a inclusão da presunção de inocência no rol de direitos e garantias fundamentais (inciso LVII do art. 5º), esta Corte Constitucional discutiu o **possível conflito entre esse artigo e a execução provisória da pena pela primeira vez em Plenário no HC 68.726/DF**, em 28 de junho de 1991, o qual foi relatado pelo Ministro **Néri da Silveira**. Naquela assentada, por unanimidade, o Tribunal entendeu “não conflitar com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição” a expedição de mandado de prisão para o início da execução provisória da pena.

Por muitos anos esse entendimento vigorou, sendo ilustrativos o HC nº 69.964/RJ, Rel. Min. **Ilmar Galvão**, DJ de 1º/7/93, e o HC nº 72.102/MG, Rel. Min. **Celso de Mello**, DJ de 20/4/95, de onde se extraem trechos marcantes assim vazados :

“[O] princípio constitucional da não-culpabilidade dos réus, fundado no art. 5º, LVII, da Carta Política, não se qualifica como obstáculo jurídico à **imediate** decretação da prisão do acusado, ainda que se revele passível de impugnação, pela via do recurso especial (STJ) ou do recurso extraordinário (STF), o acórdão de Tribunal inferior que impôs condenação penal ao paciente”.

“[O] direito de recorrer em liberdade – que pode ser eventualmente reconhecido em sede de apelação criminal – não se

estende aos recursos de índole extraordinária, posto que não dispõem estes, nos termos da lei, consoante já ressaltado, de efeito suspensivo das conseqüências jurídicas que decorrem do acórdão veiculador da condenação penal”.

Por ser exemplar, registro passagem de outro julgado da Primeira Turma, também de relatoria do Ministro **Celso de Mello** :

“[O] Pacto de São José da Costa Rica, que instituiu a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, não impede – em tema de proteção ao **status libertatis** do réu (Artigo 7º, n. 2) -, que se ordene a privação antecipada da liberdade do indiciado, do acusado ou do condenado, desde que esse ato de constrição pessoal se ajuste às hipóteses previstas no ordenamento doméstico de cada Estado signatário desse documento internacional. O sistema jurídico brasileiro, além das diversas modalidades de prisão cautelar, também admite aquela decorrente de sentença condenatória meramente recorrível. Precedente: HC nº 72.366-SP, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA” (grifo nosso).

No entanto, com o julgamento do HC nº 84.078/MG relatado pelo Ministro **Eros Grau** , em 5 de fevereiro de 2009, operou-se verdadeiro giro hermenêutico no Pleno desta Casa, que, por sete votos a quatro, passou a exigir, para a execução da pena, o trânsito em julgado da condenação para a acusação e para a defesa, assentando que, antes dele, a prisão somente pode ser decretada ou mantida a título cautelar. A decisão foi assim ementada:

“HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que ‘[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença’. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’.

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. **A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.**

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. **Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.**

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos 'crimes hediondos' exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: 'Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente'.

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ] e STF serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que 'ninguém mais será preso'. Eis o que poderia ser apontado como incitação à 'jurisprudência defensiva', que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar

quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (HC 84.078/MG, Rel. Min. **Eros Grau**, Tribunal Pleno, DJe de 5/2/09).

Por sete anos, a compreensão supracitada foi mantida. Durante esse interregno, registraram-se decisões de Ministros desta Corte – ainda que em processos subjetivos-, afastando a literalidade do art. 112, inciso I, do Código Penal. Nessas oportunidades, por meio de interpretação sistemática, assentou-se a necessidade de trânsito em julgado para ambas as partes como marco inicial da prescrição da pretensão executória.

São exemplos desse entendimento o HC nº 115.269 (DJe de 19/9/13) e o ARE nº 682.013/SP (DJe de 6/2/13), ambos de relatoria da Ministra **Rosa Weber** e com decisão unânime da Primeira Turma desta Suprema Corte. O voto condutor desse último julgamento consignou o seguinte:

“Quanto à pretensão executória, estando condicionada ao trânsito em julgado da condenação criminal, conforme precedente do Plenário desta Suprema Corte no HC 84.078 (Rel. Min. Eros Grau, Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria, j. 05.02.2009), o prazo iniciou o seu curso, pelo princípio da *actio nata*, somente em abril de 2011.

Vedada a execução provisória da pena não é suficiente, para o início do prazo da pretensão executória, o trânsito em julgado para a Acusação.

É necessário reinterpretar o art. 112, I, do Código Penal, à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal, adotado no HC 84.078, em relação ao princípio constitucional da presunção de inocência.”

Paralelamente, ainda em 2011, o Congresso Nacional editou a Lei nº 12.403/2011, a qual conferiu nova redação ao art. 283 do Código de Processo Penal, **in verbis** :

“Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”

Não obstante a alteração supracitada, no julgamento do HC nº 126.292/SP, relatado pelo Ministro **Teori Zavascki**, em 17/5/16, **retomou-se o entendimento segundo o qual a possibilidade de execução provisória da pena não confrontaria com o princípio da presunção de inocência**. O acórdão do processo foi assim ementado:

“CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. Habeas corpus denegado. (HC 126.292/SP, Rel. Min. **Teori Zavascki**, Tribunal Pleno, DJe de 17/5/16).

Todavia, o tema voltou à cena nas ADC nºs 43, 44 e 54, cuja controvérsia repousava na constitucionalidade do novo texto do art. 283 do Código de Processo Penal trazido pela Lei nº 12.403/2011, tendo como parâmetro constitucional de contraste o mesmo inciso LVII do art. 5º da Constituição da República.

Nos termos do voto de seu relator e por maioria, entendeu-se constitucional o artigo, e **restabeleceu-se como condição para o início do cumprimento da pena o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (para ambas as partes, portanto)**. Vide a ementa pertinente:

“PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. **Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória**, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade,

prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória” (ADC 43, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe 11.11.2020).

A partir desse contexto, ou seja, **consolidado o entendimento de que a pretensão executória da pena imposta pelo Estado nasce apenas a partir do trânsito em julgado da ação condenatória que a impõe, passa-se a analisar a recepção do art. 112, inciso I, do Código Penal** . Para tanto, faço exame do instituto da prescrição em nosso ordenamento.

III – A prescrição no direito Brasileiro:

A prescrição criminal é um instituto jurídico criado com o intuito de limitar, dentro de um lapso temporal, o exercício do direito de punir do Estado. Ele não é novo na seara criminal, tendo aparecido pela primeira vez no Direito Romano no ano de 18 a.C., mais especificamente na **Lex Julia** .

Todavia, a prescrição da pretensão executória somente surgiu na França, com a promulgação de seu Código Penal de 1791.

No Brasil, a prescrição da pretensão executória foi inicialmente prevista no Código Penal de 1890. Nas palavras do professor Cezar Roberto Bitencourt:

“No Brasil, somente a partir do Código Penal de 1890 passou-se a adotar a prescrição da condenação (art. 72), sendo que a prescrição da ação penal já foi adotada a partir do Código Criminal de 1830. Na realidade, o art. 65 do Código Criminal do Império (16-12-1830) declarava: “As penas impostas aos réus não prescreverão em tempo algum”. Em outras palavras, as penas aplicadas eram imprescritíveis.”

Em sua primeira aparição, no Código Penal de 1890, a prescrição da condenação começava a correr do dia em que passasse em julgado a sentença.

Na redação original do Código Penal de 1940, estabelecia-se, no art. 112, alínea a, o mesmo critério do antigo Código, ressalvadas as exceções de revogação da suspensão condicional ou do livramento condicional.

Com a redação dada pela Lei nº 7.209/1984 ao art. 112, seu inciso I passou a estabelecer que **a prescrição posterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória (CP, art. 110) começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação** .

Para identificar, como dito, se a literalidade desse dispositivo acomodasse ao instituto da prescrição (pressupostos e finalidades), é imprescindível compreendê-lo.

Nesse intento, inicio valendo-me de trechos selecionados ou resumidos do Tomo VI do **Tratado de direito privado** de Pontes de Miranda, dedicado ao estudo do tema. Nele, o mestre assenta que

“[o]s prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; **apenas, encobrendo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdue por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade** . Qual seja essa duração, tolerada, da eficácia pretensional, ou simplesmente acional, cada momento da civilização o determina (...).

O exercício da pretensão, ou da ação, é limitável, no tempo, pela prescrição; porque, sendo exceção, essa **encobre** a eficácia da pretensão e, pois, do direito. É defesa do presente contra o passado, no dizer de Papiniano (...).”

Em passagem mais adiante, são sistematizados os três elementos que compõem o suporte fático da prescrição, a saber:

- (i) a possibilidade da pretensão;
- (ii) a prescritibilidade da pretensão;
- (iii) o transcurso do prazo prescricional.

O grande professor e jurista alagoano ainda tratou de evidenciar o elemento temporal que precisa estar aliado à inércia de quem já tinha pretensão ou ação:

“Elemento-tempo. No suporte fático da regra jurídica sobre prescrição há de haver a pretensão, ou a afirmação de existir, e o tempo, de cujo decurso depende a incidência da regra jurídica. (...)

Certamente, é preciso que exista a pretensão para que se dê a prescrição. O que prescreve é a pretensão, ou a ação; se não existe uma, nem outra, nada há que prescreva. (...)

A prescrição inicia-se ao nascer a pretensão; portanto, desde que o titular do direito pode exigir o ato, ou a omissão”.

A propósito, a inércia marca o começo, em regra, da contagem do prazo prescricional. Enquanto a pretensão não é exercitável, pois não nascida, não há inércia, não havendo de se contar prazo. Faz-se necessário saber, assim, quando se inicia a contagem do prazo. Sobre isso também leciona Pontes de Miranda:

“ Início do prazo . A regra é que a prescrição se inicia com o nascimento da pretensão, ou da ação. A pretensão nasce quando já se pode exigir de alguém ato ou omissão; a ação, quando já pode ser intentada, ou já se podem praticar os atos necessários à sua intenção (propositura).

(...)

Sabe-se qual o momento de que se há de contar o prazo prescricional, verificando-se quando nasceu a pretensão, ou ação. Não se pode chegar a qualquer resultado seguro sem se conhecer:

- a) qual o suporte fático que entrou no mundo jurídico;
- b) qual a espécie de fato jurídico que se produziu (fato jurídico *stricto sensu*, ato ilícito, ato-fato jurídico, ato jurídico *stricto sensu*, negócio jurídico);
- c) qual o direito que dele se irradiou;
- d) qual a pretensão (ou qual a ação) que se irradiou do direito.

Assentadas essas premissas, é importante ainda considerar que a prescrição possui finalidade de estabilidade da ordem jurídica, como alertou Pontes de Miranda em várias passagens da obra multicitada, independentemente do ramo do Direito, seja ele privado ou público. Segundo o autor, a prescrição sanciona a inércia (de quem podia ou devia agir e não age por determinado lapso de tempo) e é instrumento de concretização da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Justamente por isso, não é influenciável por externalidades diversas dos elementos que a compõem em seu suporte fático ou em sua finalidade, como propõe o recorrido ao aduzir que condicionar o início de sua

contagem à implementação dos pressupostos de nascimento da pretensão equivaleria a dar interpretação desfavorável ao condenado; o que seria vedado em nosso ordenamento.

Vide, a propósito, que o mestre alagoano tratou de situação análoga em sua obra, ao demonstrar que fatores exógenos não influenciam na estrutura do instituto (prescrição).

“Nem no direito privado, nem no direito público, a prescrição tem como **ratio legis** a dificuldade de se provar, depois de transcorrido algum tempo, dívida ou crime.

Nem os prazos prescricionais, em matéria penal, nem os prazos prescricionais, em matéria privatística e nos outros ramos do direito público que o penal, atendem às diferenças de possibilidade da prova.

A prescrição funda-se em que não houve, da parte do Estado ou do que poderia queixar-se, o interesse no exercício da pretensão punitiva, ou da pretensão à execução mandamental da pena .

Volto, então, à máxima de que, **para que se possa constatar a inércia do Estado, é necessário que esteja presente a possibilidade de ele exercer sua pretensão .**

Esses esclarecimentos são de vital importância, como dito, para que não se caia em armadilhas, em argumentos falaciosos: a natureza jurídica do instituto e suas consequências nada têm a ver (ou em nada dependem) de interpretação a favor ou contra o condenado.

A constatação da possibilidade de exercício da pretensão é, em verdade, da essência do instituto, da condição de seu nascimento.

Em razão dos motivos já externados – que são corolário da atual leitura da Carta Política efetivada pela Suprema Corte – não há que se cogitar sobre interpretação **in malam partem** .

Ao se reconhecer a necessidade de dúplice condicionante (trânsito em julgado para ambas as partes) para a execução da pena, estabelece-se, **ipso facto**, que apenas após a ocorrência dela nasce a pretensão executória para o Estado.

Admitir que a prescrição dessa pretensão pudesse fluir antes de o Ministério Público ter capacidade de postular execução da condenação fere a essência da ideia de prescrição, que repousa sobre a noção de inércia do titular do direito.

A propósito dessa conclusão, Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer, com a objetividade e perspicácia que lhes é peculiar, já sob a égide do entendimento esposado pela Corte no HC nº 84.078, afirmavam:

“Além disso, em se tratando de prescrição executória (o mesmo raciocínio se aplica para a intercorrente) **a leitura do art. 112, I, do CP, inarredavelmente necessita ser harmonizado com a novel compreensão sobre a execução das penas não definitivas em graus recursais extraordinários.**

É preciso dizer de modo bem claro que a questão não gira em torno de se buscar uma interpretação que seria mais ou menos favorável a esta ou aquela pretensão no processo (acusação e defesa). Não se cuida, com efeito, de leitura menos ou mais favorável, na linha do **in dubio pro reo**. Nada disso. Cuida-se, muito ao contrário, de harmonizar as disposições legais do Código Penal que determinaram as escolhas do processo penal, o que exige a contextualização histórica dos aludidos Códigos. Não se está criando nova causa de suspensão da prescrição, e sim conferindo (também) uma (nova) interpretação da expressão trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação constante do artigo 112, inciso I, do Código Penal.

Em síntese, a questão não deixa de ser decorrente da lógica da melhor compreensão sistêmica vigente se a execução somente pode ser feita após o julgamento de todos os recursos (porque antes não há nada que possa ser executado), a prescrição, inexoravelmente, somente começará a correr do trânsito em julgado para ambas as partes. Do contrário, teríamos a situação (esdrúxula, para dizer o menos) de prazo prescricional fluindo de título que sequer seja exequível. (**Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência** . 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1363-6, **grifos nossos**).

Também para o penalista Guilherme de Souza Nucci,

“seria inconcebível considerar o trânsito em julgado da condenação para acusação como termo inicial da prescrição da pretensão executória, pois o Estado: não pode executar a pena, devendo aguardar o trânsito em julgado para a defesa. Ora, se não houve desinteresse do Estado, nem inércia, para fazer o condenado cumprir a pena, não deveria estar transcorrendo a prescrição da pretensão executória” (**Código Penal comentado**, 11. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 604/605).

Com efeito, a partir do espectro reconhecido por este Supremo Tribunal Federal ao **caput** do art. 283 do CPP e ao princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição, inviabilizou-se o

início da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como consta na literalidade do dispositivo em foco.

A constituição definitiva do título judicial condenatório passou, portanto, à condição de exercício da pretensão executória do Estado. Em virtude disso e da exigência lógica da higidez do sistema, a única leitura do inciso I do art. 112 do Código Penal consentânea com esse entendimento é que se reconheça que o prazo prescricional só começa a fluir com a constituição definitiva do decreto condenatório, mediante seu trânsito em julgado, eliminando-se do dispositivo a locução “para a acusação”.

O entendimento diverso, ou seja, aquele em que se aplica a literalidade do artigo, além de ser contrário à ordem jurídico-normativa, teria o efeito prático de levar a acusação a recorrer de todas as decisões como forma de postergar, artificialmente, para o mais próximo possível do verdadeiro marco inicial, o início da fluência de seu prazo, como já observou a doutrina especializada.

É imperioso, portanto, reconhecer a necessidade de redução de texto do inciso I do artigo 112 do Código Penal (diante de sua não recepção em razão do novo parâmetro dado ao inciso LVII do art. 5º da CRFB), de modo que o marco inicial da prescrição da pretensão executória prevista na legislação ordinária se acomode à extensão que o Supremo Tribunal Federal conferiu à presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da CRFB), quando estabeleceu o trânsito em julgado para a acusação e para a defesa como condição para o início da execução da pena pelo Estado .

A exegese, aqui, insisto, encontra eco na harmônica interpretação da Constituição da República, levando a Corte Constitucional a declarar a **não recepção pela Constituição da locução “para a acusação” contida na primeira parte do inciso I do art. 112 do Código Penal, conferindo, no entanto, a ela interpretação conforme à Constituição, de forma a se entender que a prescrição começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para ambas as partes .**

IV – Tese:

O prazo para a prescrição da execução da pena concretamente aplicada somente começa a correr do dia em que a sentença condenatória transita em julgado para ambas as partes, momento em que nasce para o Estado a pretensão executória da pena, conforme interpretação dada pelo Supremo

Tribunal Federal ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal) nas ADC 43, 44 e 54.

V – Caso concreto (representativo da controvérsia):

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios adotou interpretação literal à regra prevista no artigo 112, I do Código Penal e considerou que a prescrição da pretensão executória deveria ter início na data em que a sentença condenatória transitou em julgado para a acusação. Eis o teor do decidido pelo Tribunal *a quo* :

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. DESPROVIMENTO.

I - Segundo dispõe o art. 112, I, do Código Penal, a prescrição da pretensão executória começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação, não sendo cabível considerar como termo inicial do prazo prescricional a data do trânsito em julgado definitivo, sob pena de eleger termo interruptivo não previsto em lei.

II - Verificada a ocorrência de causa extintiva de punibilidade, deverá o Juiz ou Tribunal declará-la de ofício, nos termos do artigo 61 do Código de Processo Penal.

III - Recurso conhecido e desprovido.

Esse entendimento foi mantido pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, 7 de outubro de 2014. Na espécie, nas datas em que proferidas as decisões: tanto pelo TJDF como pelo STJ, o entendimento nesta Suprema Corte já era em mesmo sentido do presente voto; diverso, como se vê, daquele esposado nos dois Tribunais chamados a se manifestar.

Registre-se, entretanto, que à época a posição desta Corte era manifestada em julgados não dotados de efeito vinculante, de observância obrigatória.

Assim, a prescrição foi declarada, extinguindo a pena.

Ainda que essa decisão não tenha transitado em julgado (pela suspensão do processo), o certo é que o condenado obteve decisões favoráveis prolatadas pelo sistema de Justiça, que não afrontaram precedentes vinculantes da Suprema Corte.

Nesse cenário - que tomo de paradigma para todas as situações idênticas – houve estabilização do quadro fático.

Em minha compreensão, **a presença do binômio: i) transcurso de longo lapso temporal desde a prolação da decisão e ii) decisão favorável tomada legitimamente pelo(s) juiz(os) a que submetida a ação penal - conduz a um quadro consolidado, cuja alteração seria desproporcional, pois tal revisão imporia o ônus do tempo unicamente ao súdito estatal (condenado), além de aniquilar a confiança legítima e a segurança jurídica nos atos estatais.**

Desse modo, todos os casos com decisões judiciais em que já houve reconhecimento da prescrição da pretensão executória estatal por qualquer instância – ainda que aplicado o entendimento em desacordo com o proposto nessa repercussão geral, reitero – devem receber igual tratamento jurídico, encerrando-se a discussão.

V – Modulação de efeitos:

Como exposto, para os casos em que declarada prescrita a pretensão executória estatal por qualquer instância judicial – ainda que aplicado o entendimento em desacordo com o proposto nessa repercussão geral, reitero – devem receber igual tratamento jurídico, diante da aplicação dos preceitos da segurança jurídica e proteção da confiança.

No casos em que a prescrição não tenha sido analisada ou declarada, deve-se aplicar o tema nos termos do voto para todos os casos em que o trânsito em julgado para a acusação tenha ocorrido a partir de 11.11.2020, data do julgamento das ADC's 43, 44 e 54 (por ser o marco que condicionou o trânsito em julgado para ambas as partes para o Estado exercer a pretensão executória da pena).

Assim, para todos os casos em que o trânsito em julgado para a acusação tenha se dado ANTES de 11.11.2020 – incluídos aí os lapsos em que houve oscilação jurisprudencial acerca da correta aplicação da literalidade do dispositivo (ou seja: do julgamento do HC 84.078, em 5.2.2009 ao julgamento do HC 126.292, ocorrido em 17.5.2016 e deste até o

juízo das ADC's 43, 44 e 54, em 11.11.2020) – aplica-se a literalidade do artigo 112, I, do CP, fluindo o prazo prescricional a partir deste termo: trânsito em julgado para a acusação.

Em síntese, propõe-se:

I) aos casos com a prescrição da pretensão executória reconhecida (independentemente do juízo, da data da prolação da decisão e da suspensão dos prazos pelo reconhecimento do tema de repercussão geral), a não aplicação do tema .

II) A os casos em que a questão objeto do tema ainda não havia sido decidida ou analisada:

a) com trânsito em julgado para a acusação ocorrido até 11.11.2020 (inclusive) a não aplicação do tema;

B) com trânsito em julgado para a acusação ocorrido após 11.11.2020 (a partir de 12.11.2020, inclusive) – a aplicação do tema.

VI – Dispositivo:

Ante o exposto, no caso concreto e pelos motivos expostos, **nego provimento ao agravo em recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, pela aplicação à hipótese dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, nos termos da modulação proposta.**

Declaro, nos termos do voto, a **não recepção pela Constituição Federal da locução “para a acusação”, contida na primeira parte do inciso I do artigo 112 do Código Penal, conferindo-lhe interpretação conforme à Constituição de forma a se entender que a prescrição começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para ambas as partes .**

Este entendimento deverá ser aplicado aos casos em que i) a pena não foi declarada extinta pela prescrição e ii) cujo trânsito em julgado para a acusação tenha ocorrido após 12.11.2020, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 23/06/2023 00:00