

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes:

Destaco, inicialmente que o Plenário, à unanimidade, em julgamento ocorrido em 13 de abril de 2023, deliberou no sentido da “ *necessidade da ocorrência da preclusão maior, quanto à defesa e acusação, para ter-se o início do prazo prescricional da pretensão executória do Estado, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator)* ”, constando da Ementa da lavra do Ministro EDSON FACHIN:

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. MARCO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA AMBAS PARTES.

“1. Desde o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, a execução da pena requer o trânsito em julgado da condenação, em homenagem ao princípio da presunção de inocência.

2. É desarrazoado, para não dizer proibido, sancionar o titular da ação penal executória com a perda do direito, se estava impedido de agir por determinação constitucional. 3. Deve prevalecer o entendimento exarado no acordão paradigma, RE 682.013- AgR, relatoria da Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 6.2.2013, para reconhecer que o marco da prescrição da pretensão executória se inicia com o trânsito em julgado para ambas as partes. 4. Embargos de divergência acolhidos”.

Embora a questão guarde equivalência com o julgamento acima referido, a proposta do Eminent Relator promove ajustes relacionados à modulação que merecem acolhimento, evitando a reiteração de pretensões perante este Tribunal.

1. Resumo do caso e questão constitucional debatida

Trata-se de agravo interposto contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, em que se discute **o termo inicial para a contagem da prescrição da pretensão executória do Estado no âmbito processual penal** .

O Ministério Público interpôs recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDF), assim ementado:

“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”. (eDOC 1, p. 75)

Sobre o termo inicial da prazo prescricional, o recorrente sustenta que:

“Resulta, portanto, da atual jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal a obrigatoriedade de contar-se o prazo inicial da prescrição executória, definido no art. 112, inc. 1, do Código Penal, do trânsito em julgado para ambas as partes.

“O v. acórdão recorrido, contudo, além de olvidar a nova interpretação constitucional — muito mais benéfica para os réus, lembre-se — quanto à presunção de inocência ou de não culpabilidade (CF, art. 5º, inc. LVII), contrariando o referido dispositivo, assentou que a nova leitura do art. 112, inc. 1, do Código Penal, imposta mesmo pelo STF, encontraria óbice no princípio da estrita legalidade (CF, art. 5º, inc. II)”. (eDOC 2, p. 23)

Transcrevo o dispositivo do Código Penal:

“Art. 112 - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:

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”.

Em contrapartida, a recorrida e os *amici curiae* habilitados sustentam, em suma, que o tema não está relacionado apenas à possibilidade de executar a pena, mas também à impossibilidade de prejudicar o acusado em razão do exercício do direito de recorrer. Transcrevo trecho da manifestação da Defensoria Pública da União:

“se o trânsito para a acusação já delinea o teto do título condenatório, há de nortear a contagem do prazo prescricional. Por outro lado, o réu não pode ter a contagem do prazo prescricional prejudicada pelo fato de ter recorrido.

Nesse sentido, deixar de contar o prazo prescricional, nos exatos termos previstos no artigo 112, I, do Código Penal, conduz à violação dos princípios do devido processo legal (artigo 5º, LIV, da Constituição da República), do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, da Constituição da República). Afinal, inibe-se o direito de recurso do réu, na medida em que se adia o início da contagem do prazo prescricional pelo simples fato de ter exercido tal direito, intrinsecamente ligado aos preceitos constitucionais anteriormente indicados”. (eDOC 77, p. 5)

A questão constitucional em debate envolve **a verificação se o termo inicial para a contagem da prescrição da pretensão executória do Estado seria a partir do trânsito em julgado apenas para a acusação ou para todas as partes**.

2. Da necessidade de uma interpretação sistêmica do disposto no art. 112, I, do Código Penal – o trânsito em julgado para ambas as partes como marco temporal para o início da pretensão executória.

O fator tempo exige que o Poder Legislativo promova alterações na legislação penal e processual penal, incorporando novos tipos penais e regras procedimentais, em seguida interpretadas pela doutrina e jurisprudência, até que o Supremo Tribunal Federal é acionado para dirimir a questão, estabelecendo a hipótese de incidência e o suporte fático.

Anoto, de plano, que as determinações quanto à Teoria da Legislação, especificamente a forma da produção normativa prevista na Lei

Complementar 95/1988, caso observadas, reduziriam significativamente a ambiguidade, a incoerência e a inconsistência normativa causada pela fragmentação recorrente dos textos normativos em matéria penal e processual penal. A promessa de que tenhamos Consolidações e de Codificações nos moldes indicados pelo art. 13 da LC 95/1988, com a redação dada pela LC 107/2001 (Art. 13. “ *As leis federais serão reunidas em codificações e consolidações, integradas por volumes contendo matérias conexas ou afins, constituindo em seu todo a Consolidação da Legislação Federal* ”.) ainda não se efetivou.

Com efeito, a discussão objeto deste julgamento é causada pela ausência de adequação sistemática da produção normativa (LC 95/98, art. 13, § 2º, IX) em que as consequências diretas e indiretas da nova legislação não são devidamente estimadas, com a preservação “in the books” de dispositivos legais sistematicamente incompatíveis com as novas disposições, conforme os critérios de resolução de antinomias [LIND]. Em consequência, as inferências assistemáticas decorrem da sobrevalorização de artigos isolados, encapsulados em sentidos alheios à leitura sistemática.

O alinhamento à Teoria da Legislação é necessidade democrática, orientada à redução da ambiguidade normativa [ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación** . Madrid: Civitas, 1997; MENDES, Gilmar Ferreira. **Questões Fundamentais de Técnica Legislativa** . In: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – AJURIS 53, novembro, ano XVIII, Porto Alegre, 1991; HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la legislación y derecho como integridad** . Curitiba: Juruá, 2012; GARCÍA-ESCUADERO MARQUÉZ, Piedad. **Manual de técnica legislativa** . Pamplona/ES: Aranzadi/AS, 2011; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade). **Devido Processo Legislativo** : uma justificativa democrática do controle jurisdicional. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

Observo que a questão em debate envolve o disposto no art. 112, I, do Código Penal – dispositivo legal que se encontra vigente, bastante claro e objetivo – prevendo que a prescrição executória da pena “*começa a correr [...] 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.*”

Contudo, diante do que foi decidido recentemente pelo Plenário desta Suprema Corte, no bojo das ADCs 42, 44 e 54, de relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO, **a hermenêutica do referido dispositivo legal demanda uma abordagem sistêmica**, que se coadune com a razão de ser da norma

penal, ligada à própria natureza do instituto da prescrição, bem como com a norma constitucional que consagra o princípio da inocência e seu significado recentemente conferido por esta Corte.

Afinal, diante da **impossibilidade da concreta execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória**, a interpretação meramente literal do artigo de lei em comento acarretaria “ *contradição com a essência do conceito de prescrição, que decorre de inércia do titular do direito, e severo golpe contra a eficácia do sistema de execução penal e contra o direito fundamental à segurança, pois o curso da prescrição da pretensão executória se iniciaria sem que o Estado, por meio do Ministério Público, possa executar a decisão condenatória.*” [eDOC 9, p. 1]

Confira-se, por oportuno, como restaram ementadas as referidas ações declaratórias de constitucionalidade:

“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.”

Destaco, também, trecho do meu voto nesse julgado:

“[...] **o processo penal possui uma característica singular, uma premissa que orienta toda a estruturação dogmática do direito processual penal: a presunção de inocência**. Trata-se de uma opção democrática para **assegurar que uma pessoa não possa ser considerada culpada sem o devido transcorrer definitivo do processo penal**, com a proteção efetiva de direitos e garantias fundamentais. Exatamente por isso não podemos simplesmente acusar uma pessoa de haver cometido um crime e já restringir sua liberdade como se culpada fosse, sem a comprovação concreta dos fatos, com respeito ao contraditório e a ampla defesa.”

Nesse sentido, em estudo clássico da dogmática penal alemã, Arthur Kaufmann, impactado pelos horrores do recente Nacional Socialismo, afirma que o princípio da culpabilidade representa um valor ontológico,

inerente à ordem jurídico-penal democrática, que não pode ser afastado em hipótese alguma [KAUFMANN, Das Schuldprinzip, 1961, p. 15 ss.].

O princípio da culpabilidade é uma barreira constitucional contra a violência estatal sobre a esfera do indivíduo que não pode ser retirada do sistema penal, ao menos do sistema penal que pretende ser democrático, e o seu reflexo direto na possibilidade concreta de execução da pena é o pressuposto do trânsito em julgado da sentença condenatória.

A Convenção Americana de Direitos Humanos prevê a garantia no art. 8. 2: “ *Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.* ”

A partir desses postulados, este Tribunal consolidou entendimento no sentido de que **a execução provisória ou antecipada da pena** , antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, **é inconstitucional** , nos termos do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Em **decorrência lógica** dessa sistemática, **não faz sentido** falar em marco inicial para o cômputo da prescrição da pretensão executória antes do **trânsito em julgado** da sentença condenatória **para ambas as partes** , uma vez que, na pendência de recurso da defesa, **não se torna sequer possível a execução da pena** , **obstaculizando-se, assim, qualquer juízo de inércia dessa pretensão, próprio do instituto da prescrição** .

Desse modo, **é ilógico** tratar da inércia de uma pretensão executória que nem sequer nasceu , dentro de uma **sistemática** que impede a execução da pena na pendência de recurso manejado pela defesa.

Sobre as formas de interpretação, desde Savigny, quatro métodos clássicos têm sido consagrados: literal, sistêmico, histórico e teleológico. (SAVIGNY, Vorlesungen Uber Juristische Methodologie, 1802-1842)

No caso dos autos, como se viu, uma interpretação estritamente literal do art. 112, I, do Código Penal levaria a uma contradição sistêmica, conflitando com a hermenêutica do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, densificada pelo Plenário desta Suprema Corte, e representaria uma operação jurídica ilógica, dada a própria natureza do instituto da prescrição.

Na doutrina de Karl Larenz:

“[...] De acordo com a interpretação sistêmica, a disposição não é interpretada isoladamente, mas numa visão global com outras disposições que estão numa relação com a disposição. em propostas jurídicas que se complementam ou se combinam com outras para formar uma proposta jurídica completa. O significado da proposta legal individual geralmente só se torna aparente quando é considerada como parte do sistema a que pertence .” (Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft., 1991, S. 325.)

É exatamente o que ocorre no caso em discussão. O art. 112, I, do Código Penal não pode ser interpretado de forma isolada, sem a consideração do sistema constitucional de proteção da garantia da não culpabilidade ou princípio do estado de inocência, que impossibilita a execução da pena antes do trânsito em julgado para ambas as partes – trata-se de uma necessária visão do todo; nas palavras originais de Karl Larenz: uma *Gesamtschau* .

O que se busca aqui é precisamente uma interpretação do art. 112, I, do CP, que se coadune com a atual ordem constitucional. Na verdade, a previsão de que a prescrição começa a correr a partir do trânsito em julgado somente para a acusação está ligada à sistemática do processo penal brasileiro pretérito à Constituição de 1988, de cariz autoritário, em que era possível o exercício da pretensão executória antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Nesse sentido, o artigo 594 do CPP, na redação dada pela Lei 5.941/73 e posteriormente revogada pela Lei 11719/ 2008, previa o seguinte:

Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.

Entretanto, tal dinâmica deixa de existir com a exigência do trânsito em julgado como pressuposto para efetiva execução da pena, de acordo com o princípio constitucional da presunção de inocência.

Nessa linha, confira-se a jurisprudência que vem se consolidando neste Tribunal:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. NECESSIDADE DE TRÂNSITO EM JULGADO PARA AMBAS AS PARTES . ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. RETROATIVIDADE, NO PONTO, DA LEI 13.964/2019. INVIABILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE NO SENTIDO DE QUE A RETROATIVIDADE SOMENTE ATINGE CASOS ANTERIORES À ENTRADA EM VIGOR DE REFERIDA LEI QUANDO AINDA NÃO RECEBIDA A DENÚNCIA. 1. Inadmissível o emprego do habeas corpus como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Precedentes. 2. Inviável o exame das teses defensivas não analisadas pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes. 3. Com o julgamento das ADC’S 43, 44 e 54 pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 08.11.2019, foi assentada a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal e, em consequência, reputada inconstitucional a execução provisória da pena e condicionado o início da fase executiva ao trânsito em julgado da condenação criminal. 4. Uma vez não admitida a execução provisória da pena, impossível cogitar da fluência do prazo prescricional, a coincidir, seu termo a quo, com a data do trânsito em julgado em definitivo da condenação, consideradas acusação e defesa. Inegável, à luz do princípio da actio nata, que, antes do nascimento da pretensão – no caso da pretensão executória estatal –, não começa a correr a prescrição. 5. A prescrição da pretensão executória pressupõe inércia do titular do direito, o que não ocorre quando o Estado resta impedido de executar o título judicial condenatório em razão da apresentação de diversos e sucessivos recursos da defesa . Precedentes. 6. A jurisprudência da Primeira Turma deste STF fixou a tese de que ‘o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia’. (HC 191.464-AgR/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 25.11.2020). 7. No caso, a denúncia foi recebida em 11.9.2014 (evento 6, fls. 8-9), momento muito anterior à entrada em vigor da Lei 13.964/2019. Inclusive, quando da entrada em vigor da Lei 13.964/2019, já havia sentença condenatória (evento 6, fls. 51-4) confirmada pelo Tribunal de Justiça (evento 6, fls 131-7). Assim, nos termos da jurisprudência desta Corte, inadmissível a pretensão veiculada nesta sede processual. Precedentes. 8. Agravo regimental conhecido e não provido.” (HC 185.956 AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 31.5.2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-108 7.6.2021 PUBLIC 8.6.2021)

Da mesma maneira:

“Penal. Agravo regimental nos Embargos declaratórios no Agravo regimental no Recurso extraordinário com agravo. Crime de Abuso de autoridade. Prescrição da pretensão executória. Inocorrência. Agravo regimental provido. 1. O requerente foi condenado à perda do cargo público de Delegado da Polícia Federal e à inabilitação para o exercício de função pública por 3 anos, tendo em vista a prática do crime de abuso de autoridade (com abuso de poder e por motivo fútil, deu voz de prisão a guardas municipais). 2. O agravo regimental do Ministério Público Federal deve ser provido para afastar a prescrição da pretensão executória. **3. O termo inicial do prazo de prescrição da pretensão executória depende do trânsito em julgado da condenação para ambas as partes, incorrente na hipótese. Precedentes.** 4. **Reinterpretação do art. 112, I, do CP, à luz da decisão tomada pelo Plenário do STF no HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, e nas ADCs 43 e 44, Rel. Min. Marco Aurélio.** 5. Agravo regimental do Ministério Público provido para afastar a prescrição executória.” (ARE 664.961 AgR-ED-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, redator do acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24.2.2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 13.5.2021 PUBLIC 14.5.2021)

Do mesmo modo, observa-se o parecer da PGR juntado aos autos (eDOC 9, p. 31):

“Além disso, **não se pode falar em pretensão executória na pendência de recurso de qualquer das partes, uma vez que decisão condenatória sujeita a recurso, segundo o entendimento atual, não pode ser executada** . Interposto recurso, é ainda a pretensão punitiva estatal que se exerce. Como salientou a Subprocuradora-Geral da República MÔNICA NICIDA GARCIA, em outro processo, tanto assim é que a lei e a jurisprudência admitem incidência da prescrição retroativa e da superveniente (as quais se calculam com base na pena imposta na condenação), em momento posterior à edição da sentença. **Assim é porque, mesmo após esta, o Estado continua a exercitar sua pretensão punitiva e não a executória. Esta, repita-se, na compreensão prevaletente hoje, só se inicia depois de esgotada a instância, vale dizer, após exaurimento de todos os recursos contra a condenação, sejam eles ordinários ou extraordinários, para ambas as partes .”** (eDOC 9, p. 31)

Sendo assim, a interpretação mais acertada acerca do marco inicial para prescrição executória da pena é a que leva em consideração a sistemática constitucional do princípio da inocência e a impossibilidade da execução da pena na pendência de recurso da defesa, tornando equivocada a conclusão de que a contagem do prazo prescricional se inicia antes do trânsito em julgado definitivo da sentença penal condenatória.

3. Do caso concreto

Cuida-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do TJDFT que, negando provimento a agravo interposto pelo Ministério Público, reconheceu a extinção da punibilidade do acusado, em razão da consumação da prescrição executória.

Acompanho, diante das razões adotadas para o caso concreto, o encaminhamento de voto do Eminentíssimo relator, em atenção às especificidades.

4. Dispositivo e tese

Por todo o exposto, **acompanho integralmente o voto proferido pelo eminente Relator**, inclusive no que diz respeito ao teor da tese de repercussão geral e à modulação dos efeitos.

Plenário Virtual - Minuta de voto - 23/06/2023 (19/07)