

## VOTO

**O Senhor Ministro Alexandre de Moraes:** Trata-se de Agravo contra decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário interposto em face de acórdão da 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Discute-se no presente caso, *à luz do art. 5º, II e LVII, da Constituição Federal, a recepção, ou não, pela Carta Magna de 1988 do art. 112, I, do Código Penal, segundo o qual a prescrição da pretensão executória começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação* (Tema 788 da repercussão geral).

Na origem, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS – MPDFT interpôs Agravo em Execução Penal em face de sentença que extinguiu a punibilidade do réu, condenado à pena de 1 (um) ano de reclusão, em regime aberto, em razão da prática do crime de furto (art. 155, *caput*, do Código Penal), ante o reconhecimento da prescrição da pretensão executória.

Informa o *Parquet* que no caso vertente a sentença condenatória transitou em julgado para a acusação em 18/5/2009, porém o trânsito em julgado definitivo ocorreu em 22/8/2011, com a consequente expedição da carta de sentença em 20/10/2011 (Doc. 1, fl. 8), ao passo que o Juiz da Vara de Execuções Penais e Medidas Alternativas do Distrito Federal reconheceu a prescrição da pretensão executória, vez que considerou o termo inicial a data do trânsito em julgado para a acusação (18/5/2013), nos termos do art. 112, I, do Código Penal.

Sustentou o MPDFT o desacerto da decisão agravada, argumentando, em síntese, que o termo inicial do prazo prescricional da pretensão executória deve ser a data do trânsito em julgado para ambas as partes (e não apenas para a acusação), considerando que o entendimento perfilhado por esta SUPREMA CORTE à época, consagrado no julgamento do HC 84.078, Rel. Min. EROS GRAU, DJe. 26/02/2010, era no sentido da inconstitucionalidade da execução provisória da pena, por violação ao art. 5º, LVII, da CF/1988.

O Tribunal de origem negou provimento ao recurso ao fundamento de que consoante o art. 112, I, do Código Penal, a prescrição da pretensão executória começa a fluir da data do trânsito em julgado para a acusação. Afirmou que pensar de forma diversa culminaria na eleição de *termo*

*interruptivo não previsto em lei* . O acórdão foi resumido na seguinte ementa (Doc. 1, fl. 75):

“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 da 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”.

Em sede de Recurso Extraordinário (Doc. 2, fl. 10), o MPDFT argumenta que o art. 112, I, do Código Penal, apresenta contrariedade ao art. 5º, II e LVII, da Constituição Federal, devendo-se admitir a existência de uma mutação constitucional. Destaca, ainda, que, no HC 84.078/MG, a jurisprudência desta CORTE passou a exigir o trânsito em julgado da condenação, isto é, a preclusão para ambas as partes, de modo que seria o caso desta CORTE " *dar interpretação conforme ao art. 112, inc. I, do Código Penal, sob pena de tornarem-se infrutíferas as execuções criminais do país, todas fulminadas pela prescrição* ". Sendo assim, requereu o provimento do presente recurso extraordinário para afastar a prescrição da pretensão executória, permitindo o cumprimento da sanção criminal.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, em juízo de admissibilidade, indeferiu o processamento do Recurso Extraordinário, sob o fundamento de que a decisão recorrida estaria em perfeita sintonia com a orientação jurisprudencial desta CORTE (Doc. 2, fl. 46).

No Agravo em Recurso Extraordinário, sustenta o MPDFT que " *a tese do aresto invocado no juízo negativo de admissibilidade do recurso extraordinário de que a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal sedimentou-se no sentido de que o prazo prescricional da pretensão executória começa a fluir da data do trânsito em julgado para a acusação - não pode ser aquilatada de representativa do entendimento pacífico da e. Corte Constitucional.* ". Nesse sentido, lembrou 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. I, do Código Penal, do trânsito em julgado para ambas as partes", nos termos dos entendimentos exarados no HC 110.133/SP (Rel. Min. LUIZ FUX) e no ARE 682.013/SP (Rel. Min. ROSA WEBER), de modo que seria o caso de se prover o agravo e determinar o seguimento do recurso extraordinário (Doc. 2, fl. 62).*

Em 5/11/2014, o Min. DIAS TOFFOLI deu provimento ao agravo, admitindo o Recurso Extraordinário.

Na data de 12/12/2014, o Plenário Virtual do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, nos termos da seguinte ementa:

"CONSTITUCIONAL. PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO NA MODALIDADE EXECUTÓRIA. TRÂNSITO EM JULGADO SOMENTE PARA A ACUSAÇÃO. ARTIGO 112, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DO REFERIDO INSTITUTO PENAL COM O ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL VIGENTE, DIANTE DOS POSTULADOS DA ESTRITA LEGALIDADE E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, INCISOS II E LVII). QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL".

A Procuradoria-Geral da República, em parecer proferido em 17/08/2015, pugnou pelo provimento do recurso. Sua manifestação foi resumida na seguinte ementa (Doc. 9):

"CONSTITUCIONAL E PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. ART. 112, I, DO CÓDIGO PENAL. TERMO INICIAL DO TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA ISONOMIA (PARIDADE DE ARMAS). PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DO HC 84.078/MG.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do habeas corpus 84.078/MG, decidiu pela impossibilidade de execução de pena antes de exauridas todas as instâncias, inclusive a extraordinária, sem prejuízo da possibilidade de prisão cautelar.

2. Aplicação literal do art. 112, I, do Código Penal, em face da orientação jurisprudencial atual do STF, acarreta 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. Atinge-se assim, também, de forma cruel, a expectativa legítima das vítimas de delito de os perpetradores destes recebam a punição prevista na lei.

3. A única interpretação atualmente consistente e compatível com a Constituição da República acerca do termo inicial da prescrição executória é a que a define como o trânsito em julgado da decisão condenatória para ambas as partes.

4. Parecer pelo provimento do recurso”.

Em 24/3/2022, após a leitura do relatório e realização das sustentações orais, o julgamento deste caso foi suspenso.

Em 6/4/2022, a Defensoria Pública da União juntou memoriais nos quais apresenta propostas a respeito da modulação dos efeitos da decisão a ser proferida nestes autos (Doc. 91).

Em 11/5/2022, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro requereu a juntada do parecer do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB, também versando sobre a irretroatividade dos efeitos jurídicos produzidos neste julgado em relação a fatos ocorridos antes de sua publicação (Doc. 94).

Em 28/4/2023 a Procuradoria-Geral da República requereu a submissão do processo ao Plenário Virtual. Na oportunidade sugeriu as seguintes teses para fins de repercussão geral (Doc. 106):

“I – É inconstitucional a interpretação do artigo 112, inciso I, do Código Penal, que fixa a data do trânsito em julgado para a acusação como termo inicial para contagem do prazo prescricional da pretensão executória do Estado, por violar os princípios da isonomia, da proporcionalidade, da razoabilidade e do devido processo legal;

II – O artigo 112, inciso I, do Código Penal há de ser interpretado conforme a Constituição Federal, consagrando o princípio da presunção de inocência, para fixar, como termo inicial da contagem do prazo prescricional da pretensão executória do Estado, a data do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para ambas as partes”.

O Relator Min. DIAS TOFFOLI apresentou voto pelo desprovimento do recurso, fundamentando sua decisão nos seguintes termos:

(a) Não obstante a oscilação da jurisprudência desta CORTE SUPREMA ao longo dos anos, no julgamento das ADIs 43, 44 e 54, em que se discutia a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal frente ao art. 5º, LVII, da CF/1988, prevaleceu o entendimento segundo o qual o cumprimento da pena está condicionado ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória para ambas as partes;

(b) Entendeu o Relator que o art. 112, I, do CP, introduzido pela Lei 7.209/1984, deve ser harmonizado com o entendimento desta CORTE, pois *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”***.

Seguindo essa linha, propôs a seguinte tese para fins de repercussão geral:

“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”.

Ao final, tendo em vista a segurança jurídica, entendeu por bem modular os efeitos da decisão nos seguintes termos:

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) AOS 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”.

É o relatório.

### **I. Da existência de repercussão geral a respeito do tema.**

Os recursos extraordinários somente serão conhecidos e julgados quando essenciais e relevantes as questões constitucionais a serem analisadas, sendo imprescindível ao recorrente, em sua petição de interposição de recurso, a apresentação formal e motivada da repercussão geral que demonstre, perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a existência de acentuado interesse geral na solução das questões constitucionais discutidas no processo, que transcenda a defesa puramente de interesses subjetivos e particulares.

Foi cumprida, no caso, a obrigação do recorrente de apresentar, formal e motivadamente, a repercussão geral, demonstrando a relevância da questão constitucional debatida que ultrapasse os interesses subjetivos da causa, conforme exigência constitucional, legal e regimental (art. 102, §3º, da CF /88, c/c art. 1.035, §2º, do Código de Processo Civil de 2015 e art. 327, §1º, do Regimento Interno do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL).

Com efeito, **(a)** o tema controvertido é portador de ampla repercussão e de suma importância para o cenário político, social e jurídico e **(b)** a matéria não interessa única e simplesmente às partes envolvidas na lide.

Deste modo, esta CORTE, em julgamento realizado pelo Plenário Virtual em 12 de dezembro de 2014, reconheceu a existência de repercussão geral da matéria (Tema 788):

"CONSTITUCIONAL. PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO NA MODALIDADE EXECUTÓRIA. TRÂNSITO EM JULGADO SOMENTE PARA A ACUSAÇÃO. ARTIGO 112, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DO REFERIDO INSTITUTO PENAL COM O ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL VIGENTE, DIANTE DOS POSTULADOS DA ESTRITA LEGALIDADE E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, INCISOS II E LVII). QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE

REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL".

## **II. O objeto da demanda e a problemática existente em torno do termo inicial da prescrição executória**

O objeto da demanda do presente agravo no recurso extraordinário diz respeito ao termo inicial para a contagem da prescrição da pretensão executória: se do "trânsito em julgado para a acusação" (consoante interpretação literal do art. 112, I, do Código Penal) ou se do "trânsito em julgado para ambas as partes".

A interpretação do art. 112, I, do Código Penal, sempre foi objeto de inúmeros debates na doutrina e na jurisprudência, quer dos Tribunais de Justiça, quer do Superior Tribunal de Justiça. Tanto isso é verdade que foi reconhecida a repercussão geral na matéria (Tema 788 – ARE 848.107/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI).

A propósito, convém trazer os dispositivos que regem a matéria no âmbito do Código Penal:

### **" Prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória**

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§1º. A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

### **Termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível**

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;

II. Do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena".

Com efeito, ao reconhecemos a interpretação literal do dispositivo acima transcrito como a única válida, isto é, no sentido de que bastaria o trânsito em julgado para a acusação para o início da prescrição da pretensão executória, sem dúvida nenhuma estaríamos reconhecendo: **(1)** como marco inicial, um prazo de execução de uma condenação que ainda é inexecutável, uma vez que não haveria, em sentido estrito, a execução da pena (ainda mais após o julgamento de mérito das ADCs 43, 44 e 54, todas julgadas no dia 07 de novembro de 2019, ocasião em que se assentou a constitucionalidade do art. 283, do Código de Processo Penal, não permitindo a prisão apenas em decorrência da singela prolação do acórdão de 2ª instância); **(2)** a necessidade de que o órgão acusatório recorresse de todas as sentenças penais levadas ao seu conhecimento com o objetivo de evitar o início do prazo da prescrição da pretensão executória; **(3)** a implementação de uma tática defensiva consistente no ingressar com recursos infundáveis, em todos os graus de jurisdição, muitas vezes após o trânsito em julgado para a acusação, com o escopo de levar o caso à prescrição.

Como consequência, o Estado, a sociedade e, em particular, as vítimas seriam punidas com a perda do poder de executar a sentença, a despeito de não ter havido inércia nem inoperância por parte do órgão acusatório. A fluência do prazo prescricional enquanto o Estado, por meio do Ministério Público, permanece sem poder de executar a decisão condenatória, em última análise assegura, em incontáveis casos, a impunidade de condenados, além de fomentar manobras procrastinatórias de advogados, que interpõem recursos sem fim e sem conteúdo, unicamente com o escopo de impedir de maneira artificial o trânsito em julgado e atrasar o julgamento definitivo. Nesse sentido:

“RECURSO ESPECIAL. PRERROGATIVA DE FORO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. DEMAIS TESES RECURSAIS REJEITADAS. IMEDIATA EXECUÇÃO DA PENA. I. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

1. A prescrição da pretensão executória pressupõe a inércia do titular do direito de punir. Se o seu titular se encontrava impossibilitado de exercê-lo em razão do entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal que vedava a execução provisória da pena, não há falar-se em inércia do titular da pretensão executória.

2. O entendimento defensivo de que a prescrição da pretensão executória se inicia com o trânsito em julgado para a acusação viola o direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição, que pressupõe a

existência de uma tutela jurisdicional efetiva, ou melhor, uma justiça efetiva.

3. **A verificação, em concreto, de manobras procrastinatórias , como sucessiva oposição de embargos de declaração e a renúncia do recorrente ao cargo de prefeito que ocupava, apenas reforça a ideia de que é absolutamente desarrazoada a tese de que o início da contagem do prazo prescricional deve se dar a partir do trânsito em julgado para a acusação** . Em verdade, tal entendimento apenas fomenta a interposição de recursos com fim meramente procrastinatório, frustrando a efetividade da jurisdição penal.

4. Desse modo, se não houve ainda o trânsito em julgado para ambas as partes, não há falar-se em prescrição da pretensão executória.

[...]"

(RE 696.533/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, Rel. para Acórdão Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 05/03/2018).

Sobre o início do prazo de execução de algo que é inexecuível, especialmente à luz do debate acerca da execução provisória da pena, trago as lições de LUIZ RÉGIS PRADO ( *Comentários ao Código Penal: jurisprudência, conexões lógicas com os vários ramos do direito* , 10ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.112), no sentido de que:

"Embora determine o Código Penal que o prazo da prescrição executória começa a correr no dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação, o efetivo reconhecimento dessa espécie de prescrição demanda também o trânsito em julgado da referida sentença para o réu, pois se a prescrição ocorre antes desse termo é a mesma prescrição da pretensão punitiva e não da pretensão executória. Antes do trânsito em julgado, a prescrição será sempre da pretensão punitiva. Isso ocorre por não existir execução provisória da pena e, portanto, a sanção ainda não é passível de execução, inviabilizando o curso do lapso prescricional executório".

Igualmente, CEZAR ROBERTO BITENCOURT ( *Código Penal Comentado* , Editora Saraiva, 2015, p. 425), aduz que:

"O prazo começa a correr do dia em que transitar em julgado a sentença condenatória para a acusação, mas o pressuposto básico para essa espécie de prescrição é o trânsito em julgado para acusação e defesa, pois, enquanto não transitar em julgado para a defesa, a prescrição poderá ser a intercorrente. Nesses termos, percebe-se,

podem correr paralelamente dois prazos prescricionais: o da intercorrente, enquanto não transitar definitivamente em julgado, e o da executória, enquanto não for iniciado o cumprimento da condenação, pois ambos iniciam na mesma data, qual seja, o trânsito em julgado para a acusação".

Por derradeiro, GUILHERME DE SOUZA NUCCI ( *Código Penal Comentado* , 16ª ed., Editora Forense, 2016, p. 190), registra que:

"Termo inicial da prescrição da pretensão executória: é a data do trânsito em julgado da sentença condenatória, para a acusação. No entanto, é inconcebível que assim seja, pois o Estado, mesmo que a sentença tenha transitado em julgado para a acusação, não pode executar a pena, devendo aguardar o trânsito em julgado para a defesa. Ora, se não houve desinteresse do Estado, nem inépcia, para fazer o condenado cumprir a pena, não deveria estar transcorrendo a prescrição da pretensão executória. Entretanto, a lei é clara: começa a ser computada a prescrição da pretensão executória a partir da data do trânsito em julgado da sentença condenatória".

Além desses três problemas acima apresentados, ainda me parece existir um quarto para não ser possível reconhecer o trânsito em julgado para a acusação como o termo inicial para a prescrição da pretensão executória: **(4)** o problema da execução provisória da pena.

Durante o período em que a jurisprudência desta SUPREMA CORTE caminhou pela impossibilidade de execução provisória da pena, mormente após o julgamento do HC 84.078/MG, da relatoria do Min. EROS GRAU, houve uma orientação, à luz do princípio constitucional do estado de inocência, de que haveria a necessidade do trânsito em julgado para ambas as partes . A título de exemplo, menciono os seguintes julgados:

"Penal e Processo Penal. Agravo Regimental em Habeas Corpus. Reiteração de Argumentos da Inicial. **Prescrição da Pretensão Executória. Trânsito em Julgado para Ambas as Partes** .

1. A reiteração dos argumentos trazidos pelo agravante na inicial da impetração não são suficientes para modificar a decisão ora agravada (HC 115.560-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli).

2. A partir do julgamento pelo Plenário desta Corte do HC nº 84.078, deixou-se de se admitir a execução provisória da pena, na pendência do RE.

3. O princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, tal como interpretado pelo STF, deve repercutir no marco inicial da contagem da prescrição da pretensão executória, originariamente regulado pelo art. 112, I do Código Penal.

4. Como consequência das premissas estabelecidas, o início da contagem do prazo de prescrição somente se dá quando a pretensão executória pode ser exercida.

5. Agravo regimental desprovido".

(HC 107.710 AgR/SC, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 01/07/2015);

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SÚMULA 699/STF. AGRAVO INTEMPESTIVO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. INOCORRÊNCIA.

1. O prazo para a interposição de agravo contra decisão denegatória de seguimento de recurso extraordinário em matéria criminal é de cinco dias (Súmula 699/STF).

2. Manejado o agravo após o quinquídio legal, consideradas as datas de publicação do juízo negativo de admissibilidade do recurso extraordinário e do protocolo da petição respectiva, manifesta sua intempestividade.

3. Não ocorre a prescrição da pretensão punitiva estatal nos casos em que o trânsito em julgado da condenação se consuma em data anterior ao manejo de recurso intempestivo. Recurso a destempo não previne o trânsito em julgado.

4. A pretensão executória surge somente com 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), não se iniciando o prazo prescricional respectivo antes deste termo, consoante princípio da *actio nata*.

5. Agravo regimental conhecido e não provido".

(ARE 682.013 AgR/SP, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 06/02/2013).

E levando em consideração que no **juízo de mérito das ADCs 43, 44 e 54**, realizado no dia 07 de novembro de 2019, esta CORTE entendeu pela constitucionalidade do art. 283, do Código de Processo Penal, parece-me que **houve um reforço dessa jurisprudência**.

Ora, não sendo possível a execução provisória da pena de uma sentença penal condenatória sujeita a recurso, não me parece razoável considerar como termo inicial do lapso prescricional (pretensão executória) o trânsito em julgado para a acusação, porque nessa situação estaríamos diante de

uma sentença penal condenatória que não poderia ser executada. É uma questão de lógica: **se não é possível executar a pena, não é possível falar-se em prescrição da pretensão executória, pois a gênese desse instituto está justamente na possibilidade de exequibilidade da sentença penal condenatória.**

A propósito, o Min. ROBERTO BARROSO, quando do julgamento do HC 107.710/SC, Primeira Turma, DJe de 01/07/2015, bem condensou o entendimento acima mencionado, ao apontar que:

"6. A extinção da pretensão executória pelo decurso do prazo prescricional pressupõe a inércia estatal quando já é possível sua atuação. A execução do título penal condenatório, por seu turno, só é possível após o trânsito em julgado. É certo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admitia a execução provisória da pena. Era consentâneo com este entendimento a compreensão de que o termo inicial da prescrição da pretensão executória era o trânsito em julgado para a acusação.

7. Ocorre que, após o julgamento pelo Plenário desta Corte do HC n. 84.078, passou-se a não mais admitir a execução provisória da pena na pendência do recurso extraordinário e, com maior razão, do recurso de apelação. **Assim, melhor analisando a questão, penso que o princípio da presunção de inocência, tal como atualmente interpretado pelo Tribunal, deve repercutir no marco inicial da contagem da prescrição, originariamente regulado pelo art. 112, inc. I, do Código Penal**. Do contrário, estar-se-ia punindo o estado pela inação quando não poderia agir, ou seja, a prescrição somente se aplica em caso de não ser exercida a tempo a pretensão executória estatal. Nessa linha, há precedente desta Primeira Turma à unanimidade (Presidência do Ministro Dias Toffoli e presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux e Rosa Weber)".

Na mesma linha, por sua exatidão, cito trecho do voto proferido pelo Min. DIAS TOFFOLI, do Relator do caso que ora se analisa:

"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”.

Sem dúvida nenhuma, melhor seria que o Código Penal tivesse adotado a solução do Código Penal Militar, que não restringe o termo inicial da prescrição da pretensão executória ao trânsito em julgado à acusação. Confira-se, por oportuno, o teor do art. 126, §1º, "a", do Código Penal Militar:

"Art. 126. A prescrição da execução da pena privativa de liberdade ou da medida de segurança que a substitui (art. 113) regula-se pelo tempo fixado na sentença e verifica-se nos mesmos prazos estabelecidos no art. 125, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é criminoso habitual ou por tendência.

§1º Começa a correr a prescrição:

a) do dia em que passa em julgado a sentença condenatória ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional ".

Ainda, sobre o termo inicial para a contagem da prescrição na modalidade executória, vale mencionar que, no voto-vista por mim proferido nos autos do AI 794.971-AgR/RJ, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Redator p/ acórdão Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe de 28/06/2021, consignei nesse julgado, com base nos fundamentos da Min. ELLEN GRACIE quando do julgamento do HC 86.125/SP, verdadeiro *leading case* responsável pela construção da jurisprudência desta SUPREMA CORTE, que, admitir a contagem do prazo prescricional executório mesmo diante da impossibilidade de execução provisória da pena vai totalmente de encontro com a ideia de inércia estatal, de que decorre o conceito de prescrição. O referido AI 794.971-AgR/RJ foi assim ementado:

"PRESCRIÇÃO – RECURSO – INADMISSIBILIDADE. Enquanto não proclamada a inadmissão de recurso de natureza excepcional, tem-se o curso da prescrição da pretensão punitiva, e não a da pretensão executória. PRESCRIÇÃO – PRETENSÃO PUNITIVA. Transcorrido, entre os fatores interruptivos, período previsto no artigo 109 do Código Penal, tem-se prescrição da pretensão punitiva do Estado. **PRESCRIÇÃO – PRETENSÃO EXECUTÓRIA – TERMO INICIAL. A prescrição da pretensão executória, no que pressupõe quadro a revelar a possibilidade de execução da pena, tem como marco inicial o trânsito em julgado, para ambas as partes, da condenação** ".

Nessa linha, destaco recentes julgamentos das duas Turmas desta SUPREMA CORTE, no sentido de que o termo inicial da prescrição da pretensão executória deve ser o trânsito em julgado para ambas as partes:

"Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA: TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO PARA AMBAS AS PARTES. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(HC 227517 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe 07-06-2023)"

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. **TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO**

**EXECUTÓRIA. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO PARA DEFESA E ACUSAÇÃO . PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO" (RE 1.356.119 AgR/RJ, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 24/2 /2022);**

"Agravamento regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Penal e Processual Penal. **Prescrição da pretensão executória. Não ocorrência. Fixação do trânsito em julgado da condenação para ambas as partes como marco inicial da prescrição .** Precedente Tribunal Pleno. Pretendida absolvição sumária. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Agravo regimental não provido" (ARE 1.301.223-AgR/SC, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 30/11/2021);

"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. [...] 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. [...] 8. Agravo regimental conhecido e não provido" (HC 185.956-AgR/RN, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 8/6/2021).**

Assim, não sendo possível executar provisoriamente a pena antes do trânsito em julgado para a defesa, porquanto somente neste momento é que surge o título penal passível de ser executado pelo Estado, entendo que o termo inicial da prescrição executória deverá seguir esse mesmo critério, vale dizer, somente se iniciará quando do trânsito em julgado da sentença para ambas as partes . Afinal, sem a exigibilidade da pretensão, não há como correr o prazo de prescrição! Logo, por coerência sistêmica, a prescrição da pretensão executória inicia-se no instante em que se torna possível a execução da pena.

### III. Caso concreto.

No caso concreto, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ao analisar o Agravo em Execução penal interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios que pugnava pelo afastamento do reconhecimento da prescrição da pretensão executória, adotou a literalidade do art. 112, I do Código Penal, entendendo que a prescrição da pretensão executória teria início na data em que a sentença condenatória transitou em julgado para a acusação. Confira-se a ementa do julgamento:

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.

O MPDFT interpôs recursos, especial e extraordinário, que não foram admitidos pelo TJDF. Posteriormente, em sede de Agravo, o Superior Tribunal de Justiça manteve a inadmissão do recurso especial, por entender que " *o termo inicial do prazo prescricional da pretensão executória é a data*

*do trânsito em julgado da decisão condenatória para a acusação, nos termos do art. 112, I, do Código Penal".*

Portanto, em atenção às razões de decidir deste ARE 848.107/DF, que concluiu no sentido de que o termo inicial para a prescrição executória seria o trânsito em julgado para ambas as partes, pois é neste momento que surge o título penal passível de ser executado pelo Estado, no caso concreto dá-se provimento ao recurso extraordinário interposto pelo MPDFT, cassando o acórdão e determinando que o Tribunal de Origem analise a questão sob a óptica da tese firmada por esta CORTE.

### **III. Solução final a ser adotada. Fixação de tese para fins de repercussão geral.**

Tendo em vista que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL entendeu, no passado, que, em não sendo possível executar provisoriamente a pena, o termo inicial para a prescrição executória seria o trânsito em julgado para ambas as partes, com muito mais razão hoje, após o julgamento das referidas ADCs 43, 44 e 54, deverá perfilhar este entendimento, no sentido de que a prescrição da pretensão executória se inicia no instante em que se torna possível a execução da pena.

Como tese para fins da sistemática da repercussão geral em relação aos casos que tratem ou venham a tratar do **Tema 788**, proponho:

“O termo inicial para a contagem da prescrição da pretensão executória se dá apenas após o trânsito em julgado da sentença para ambas as partes.”

### **IV. Quanto à modulação**

Conforme narrado, o Min. DIAS TOFFOLI propõe a modulação de efeitos da decisão para que a declaração de inconstitucionalidade da expressão “para a acusação” prevista no art. 112, I, do CP:

a) não tenha efeitos nos casos em que já declarada ou analisada a prescrição da pretensão executória ou cujo trânsito em julgado para a acusação tenha ocorrido **até** 11/11/2020, data do julgamento das ADCs 43, 44 e 54.

b) aplique-se para os casos em que o trânsito em julgado para a acusação ocorreu **após** 11/11/2020.

Com a devida vênia ao Ilustre Relator, entendo que a aplicação imediata da tese obsta a impunidade e não viola a segurança jurídica. Devem ser preservadas unicamente as decisões transitadas em julgado que estejam em desacordo com a tese enunciada neste julgamento.

## V. Conclusão

Diante dessas considerações, voto pelo conhecimento do **Agravo no Recurso Extraordinário**, e no mérito, voto pelo **provimento do Recurso Extraordinário**, cassando o acórdão recorrido, afastando o reconhecimento da prescrição da pretensão executória e determinando que o TJDFT analise a questão sob a óptica da tese fixada pela CORTE.

Adiro à tese de julgamento proposta pelo Eminentíssimo Relator, mas diverjo quanto à modulação dos efeitos do julgado, que não devem se aplicar apenas às decisões com trânsito em julgado.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta do voto - 30/06/2023