

HABEAS CORPUS 230.690 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
PACTE.(S) : DJALMA LUIZ DOS SANTOS
IMPTE.(S) : EDIVAN PEREIRA JUNIOR
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Edivan Pereira Junior em favor de Djalma Luiz dos Santos, contra acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que desproveu o AgRg no HC nº 749.238/SP, conforme ementa a seguir (eDOC 9):

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA AMBAS AS PARTES. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AI 794971-AgR/RJ (Rel. para acórdão Ministro MARCO AURÉLIO, DJe 25/06/2021), definiu que o dies a quo para a contagem da prescrição da pretensão executória é o trânsito em julgado para ambas as partes. Assim, por já ter havido manifestação do Plenário da Suprema Corte sobre a controvérsia e em razão desse entendimento estar sendo adotado pelos Ministros de ambas as turmas do STF, essa orientação deve passar a ser aplicada nos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça, já que não há mais divergência interna naquela Corte sobre o assunto.

2. Na espécie, considerando que o processo de origem transitou em julgado para a Defesa em 03/08/2016, não há se falar em prescrição da pretensão executória, pois não escoado prazo superior a oito anos até a presente data, nos termos previstos no art. 109, inciso IV, do Código Penal.

3. Agravo regimental desprovido.”

HC 230690 / SP

O impetrante narra (eDOC 1) que a denúncia foi recebida em 27.4.2004, a sentença foi prolatada na data de 27.4.2009, condenando o paciente à pena de 4 anos e 1 mês e que a sentença transitou em julgado para a acusação aos dias 13.10.2009. (p. 3)

Alega que em 14 de junho de 2016 foi prolatado o acórdão que deu parcial provimento para diminuir a pena que passou para 3 anos e 6 meses, houve o trânsito em julgado aos dias 8 de agosto de 2016.

Sustenta que “Dado ao fato de que recentemente o Supremo Tribunal Federal julgou o tema 788 e fixou a tese de que para antes da data 12/11/2020 a prescrição da pretensão executória regula-se a partir do trânsito em julgado para a acusação, faz-se necessário buscar pela via do presente habeas que seja declarada a prescrição em favor do paciente.” (p. 6)

Aduz que a data do trânsito em julgado para a acusação se deu na data de 13.10.2009 e que o prazo prescricional começa a correr após o trânsito em julgado para a acusação. (p. 6)

Destaca que a audiência custódia e admonitória só ocorreu na data de 13 de maio de 2022, mais de 2 anos após a sentença que havia declarado a extinção da punibilidade. (p. 8)

Pleiteia, assim, a concessão da ordem de *habeas corpus* para que seja declarada a extinção da punibilidade do impetrante pelo transcurso do lapso temporal prescricional, dado ao fato que do trânsito em julgado para a acusação 13/10/2009 até a sentença que declarou a prescrição da pretensão punitiva 04/06/2019 transpassou mais de 9 anos, efetivando-se a prescrição com base nos artigos 112, I, 110 e do código penal, o que extingue a punibilidade conforme dispõe o art. 107, IV, do código penal. (p. 8-9)

No STJ se negou provimento com base no Tema 788 do STF, alegando que o *dies a quo* para a contagem da prescrição da pretensão executória é o trânsito em julgado para ambas as partes. Consideraram que o processo de origem transitou em julgado para a defesa em 3.8.2016, com isso, não havia de se falar em prescrição da pretensão executória,

pois não teria escoado prazo superior a oito anos até a data que lá foi julgado.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem. (eDOC 15)

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA AMBAS AS PARTES. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AI 794971-AgR/RJ (Rel. para acórdão Ministro MARCO AURÉLIO, DJe 25/06/2021), definiu que o dies a quo para a contagem da prescrição da pretensão executória é o trânsito em julgado para ambas as partes. Assim, por já ter havido manifestação do Plenário da Suprema Corte sobre a controvérsia e em razão desse entendimento estar sendo adotado pelos Ministros de ambas as turmas do STF, essa orientação deve passar a ser aplicada nos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça, já que não há mais divergência interna naquela Corte sobre o assunto.

2. Na espécie, considerando que o processo de origem transitou em julgado para a Defesa em 03/08/2016, não há se falar em prescrição da pretensão executória, pois não escoado prazo superior a oito anos até a presente data, nos termos previstos no art. 109, inciso IV, do Código Penal.

3. Agravo regimental desprovido.”

O impetrante apresentou memoriais, nos quais rebate o posicionamento do *Parquet* e repisa os argumentos da peça inaugural (eDOC 17).

É o relatório.

Decido.

Por esta via, pretende a defesa que seja reconhecida a extinção da punibilidade em face do paciente, em razão da prescrição da pretensão executória.

Em análise ao caso concreto, reputo que a razão assiste à defesa.

Considerando o julgamento do ARE 848.107 - Tema 788 por esta Corte, resta claro que o ato apontado como coator, que manteve decisão do TRF 3ª Região em agravo à execução penal, é divergente da recente orientação proferida pelo STF. Logo, evidente o constrangimento ilegal suportado pelo paciente, sendo necessária a reparação por esta via.

Anoto que, no dia três do mês de agosto do ano vigente, o STF proferiu decisão em ação representativa de repercussão geral cujo objeto de debate era se o art. 112, I, do Código Penal foi recepcionado pelo ordenamento jurídico, à luz do art. 5º, II e LVII, da Constituição Federal.

O dispositivo examinado 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.”

A controvérsia dirimida no ARE 848.107 - Tema 788 se estabeleceu, em grande parte, em decorrência da instrução adotada por esta Suprema Corte no ano de 2020, ao julgar às ADC nºs 43, 44 e 54. Nessas ocasiões, consolidou-se o entendimento acerca da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com redação alterada em 2011, definindo-se como constitucional o entendimento de que o trânsito em julgado para ambas as partes é condição para a execução da pena.

As decisões proferidas impactaram diretamente no debate acerca do termo inicial da contagem da pretensão executória do Estado. Passou-se a

indagar se deveria ser mantida a interpretação literal do art. 112, I, do Código Penal, segundo a qual a pretensão da execução iniciava-se com o trânsito em julgado para a acusação ou se, diante do entendimento de que a execução da pena somente pode ser iniciada com o trânsito em julgado para acusação e defesa, o termo inicial da prescrição passaria a ser o trânsito em julgado para ambas as parte.

Assim, ao julgar o Tema 788, sobejou desta Corte Federal a seguinte diretriz:

“[...] 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 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 no qual 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 art. 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.[...]”**

(ARE 848107, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 03/07/2023, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-s/n DIVULG 03-08-2023 PUBLIC 04-08-2023)

Estabelecida a tese, passou-se a analisar o caso concreto, representativo da repercussão geral. Neste, o Tribunal de origem e o STJ haviam se posicionado pela literalidade do art. 112, I, CP, mantendo a compreensão de que a prescrição da pretensão executória deveria ter início na data em que a sentença condenatória transitou em julgado para a acusação. Sobre o caso, assim entendeu o STF:

“[...] 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-se 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, as quais não afrontaram precedentes vinculantes da Suprema Corte.

Nesse cenário – que tomo como 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 decisão¹⁰ 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 imporá 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. [...]”

Traçando um paralelo entre o caso que encabeçou o julgamento do Tema 788 e o presente caso, observo que a situação fática posta em ambos

HC 230690 / SP

os casos é muito similar.

Na espécie, em 2019 foi proferida decisão pelo Juízo da 1ª Vara Federal de São Carlos/SP (eDOC 6) no processo nº 0000318-53.2017.403.6115, assentando que o art. 112, I, CP não deveria ser interpretado em desfavor do réu. Considerou-se que, embora a inércia do órgão acusatório não poderia ser verificada enquanto não houvesse trânsito em julgado da condenação para o réu, especialmente quando vigente o entendimento que inadmitia a execução da pena a partir da condenação em segunda instância, era clara a consciência no direito penal de que a interpretação da lei deve se dar da forma mais garantidora do direito. Entendeu o magistrado que a decisão deveria privilegiar o direito de liberdade, por aplicação do princípio *pro homine*. Citou que, à época, o STJ mantinha interpretação no sentido literal do citado dispositivo legal, associando o termo inicial da prescrição da pretensão executória ao trânsito em julgado para a acusação. Nessa conjuntura, diante da pena de 3 anos e 6 meses de reclusão aplicada ao ora paciente, concluiu o juiz pela prescrição executória, em razão do decurso de mais de oito anos entre o requerimento de instauração penal e o trânsito em julgado para a acusação.

Tal decisão foi reformada pelo TRF 3ª Região e pelo STJ.

De toda forma, ressalto que houve, durante o curso penal, uma decisão benéfica ao réu, extinguindo a punibilidade em razão da prescrição da pretensão executória, em consonância com parte da jurisprudência daquele período.

Destarte, compreendo que o quadro factual exposto no presente *writ* coincide com o caso analisado no julgamento do Tema 788, tendo o paciente obtido decisão favorável, a qual não afrontou as decisões desta Suprema Corte em sentido contrário, porquanto não eram dotadas de efeito vinculante, à época.

Os efeitos do acórdão prolatado no ARE 848.107 foram assim modulados:

“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 NOS QUAIS A QUESTÃO OBJETO DO TEMA AINDA NÃO HAVIA SIDO DECIDIDA OU ANALISADA:

A) COM TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO OCORRIDO ATÉ 11/11/20 (INCLUSIVE) – A NÃO APLICAÇÃO DO TEMA;

B) COM TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO OCORRIDO APÓS 11/11/20 (a partir de 12/11/20, inclusive) – A APLICAÇÃO DO TEMA.”

Logo, seja em razão do reconhecimento da prescrição da pretensão executória pelo magistrado federal, **seja pelo trânsito em julgado para a acusação ocorrida antes 11/11/20, que na presente situação data de 17.11.2009** (eDOC 6, p. 6), deve ser adotada a inteligência da modulação supracitada, segundo a qual o Tema 788 não se aplica.

Ante o exposto, concedo a ordem de *habeas corpus* para reconhecer a prescrição da pretensão executória diante da conjuntura delineada nos autos e restabeleço a decisão que extinguiu a punibilidade do paciente (eDOC 6).

Comunique-se à vara federal de execuções penais atuante no caso.

Publique-se.

Brasília, 11 de setembro de 2023.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente

HC 230690 / SP