



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 232.031 - DF (2012/0018082-8)

RELATOR : MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS)
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : OSLI BARRETO CAMILO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : JOSÉ ARNALDO PEREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. MARCO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. ART. 112, I, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Enquanto não transitada em julgado a sentença condenatória, para ambas as partes, não há falar em prescrição da pretensão executória, eis que ainda em curso o prazo da prescrição da pretensão punitiva, de forma intercorrente. Contudo, iniciada a contagem da prescrição, o marco inicial, por expressa determinação do art. 112, I, do Código Penal, é o trânsito em julgado para a acusação, ainda que de forma retroativa.

2. Ordem concedida para, cassando o acórdão impugnado, restabelecer a decisão que extinguiu a punibilidade, pelo reconhecimento da prescrição da pretensão executória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "Prosseguindo no julgamento após o voto-vista da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura concedendo a ordem, e os votos dos Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior no mesmo sentido, a Turma, por maioria, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que lavrará o acórdão, vencido o Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS)." Votaram com a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 15 de maio de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 232.031 - DF (2012/0018082-8)

**RELATOR : MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : OSLI BARRETO CAMILO - DEFENSOR PÚBLICO
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS**
PACIENTE : JOSÉ ARNALDO PEREIRA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS) (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOSÉ ARNALDO PEREIRA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que concedeu provimento ao Agravo em Execução n. 20110020225365, para afastar a prescrição da pretensão executória.

Noticia a impetrante que o paciente está submetido a constrangimento ilegal, pois o trânsito em julgada da sentença para a acusação é o termo inicial da prescrição executória, nos termos dos arts. 107, IV, 109, VI, 110, *caput*, 112, I, ambos do Código Penal.

Alega que entre o aludido marco prescricional e a presente data transcorreu tempo suficiente para a prescrição.

Requer a concessão da ordem, a fim de que seja reconhecida a prescrição da pretensão executória.

A liminar foi indeferida (fls. 89 e 90).

Informações a fls. 93 a 102.

O Ministério Público Federal, por meio do Subprocurador-Geral da República Oswaldo José Barbosa Silva, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 105 a 109).

É o breve relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 232.031 - DF (2012/0018082-8)

**RELATOR : MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : OSLI BARRETO CAMILO - DEFENSOR PÚBLICO
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS**
PACIENTE : JOSÉ ARNALDO PEREIRA

VOTO

O SENHOR MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS) (RELATOR): Busca-se o reconhecimento da ocorrência da prescrição da pretensão executória, alegando-se, para tanto que o termo inicial do lapso fatal é o trânsito em julgado para a acusação.

O Juízo de Direito da Vara de Execuções Penais e Medidas Alternativas do Distrito Federal considerou escoado o prazo prescricional, tendo em vista o seu início a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, *verbis*:

[...]

Ressalta-se que, embora respeite entendimento jurisprudencial diverso, este Magistrado compreende que o prazo prescricional, em se tratando de sentença penal condenatória irrecorrível, ou seja, prescrição executória, começa a fluir do seu trânsito em julgado da condenação para a acusação, isso nos estritos moldes do artigo 112, inciso I, do Código Penal, mesmo porque tese diversa estaria, ao meu ver, inaugurando termo interruptivo da prescrição não previsto no taxativo rol do artigo 117, também, do Código Penal. Observemos o teor do referido dispositivo legal:

[...]

Inclusive, este Juízo compreende que o instituo penal da prescrição é um dos mais odiáveis, máxime, pelo sentimento de impunidade por ele gerado; não se podendo, agora, na fase da execução penal, buscar a punição de Condenado, cuja punibilidade está extinta como quer o Ministério Público, isso em flagrante contrariedade a texto de lei e sob pena de constrangimento ilegal imputável a este Magistrado, sendo que, em verdade, coube ao Parquet, enquanto custos legis, ter providenciado o início da execução das penas dentro dos respectivos prazos prescricionais, zelando, então não só para a submissão do sentenciado às disposições da sentença condenatória, assim como de modo que os eventuais recursos fossem julgados o mais breve possível.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, reafirmada a certeza de que o prazo prescricional, em se tratando de sentença penal condenatória irrecorrível, ou seja, prescrição executória, começa a fluir do seu trânsito em julgado da condenação para a acusação, isso nos estritos moldes do artigo 112, inciso I, do Código Penal, porque este diversa estaria, como bem destacado pela Excelentíssima Senhora Desembargadora da Colenda Primeira Turma Criminal do TJDF, inaugurando termo interruptivo da prescrição não previsto no taxativo rol do artigo 117, também, do Código Penal; sendo que, nas palavras do i. Professor Luis Flávio Gomes: "Uma coisa é interpretar a lei, outra distinta é criar uma nova norma, contra a lei. Para isso o juiz não tem legitimidade democrática. O juiz vai até onde a vontade da lei permite que ela vá. Sobretudo no âmbito penal, de aplicação restrita do princípio da legalidade, é fundamental que o juiz se atenha à letra da lei."

[...]

Repise-se, considerar o trânsito em julgado final como marco interruptivo da prescrição seria, salvo outro entendimento, o mesmo que tornar imprescritível, ao arrepio da legislação vigente, dos delitos para os quais não há tal previsão, porquanto, somente após o julgamento dos recursos da Defesa pelos Tribunais Superiores, começaria a fluir a lapso prescricional da pretensão executória do Estado.

Posto isso, diante do tempo decorrido desde o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, operou-se a prescrição da pretensão executória do Estado, nos termos dos artigos 107, IV, 109, 110, caput, e 112, inciso I, todos do Código Penal - IMPONDO-SE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, O QUE DECRETO, POR SENTENÇA, com esteio nas disposições legais já referidas.

JULGO também EXTINTA, por ter sido alcançada pela prescrição, A PENA DE MULTA imposta ao sentenciado, pois as penas mais leves prescrevem com as mais graves, conforme reza o art. 118, do CP.

[...] (fls. 30 a 39)

O egrégio Tribunal *a quo*, instado a manifestar-se, reformou o édito de piso e afastou a prescrição da pretensão executória, tendo em vista que, no entender daquela Colenda Corte, o termo inicial deve ser fixado a partir do trânsito em julgado para ambas as partes.

Confiram-se, os seguintes excertos do acórdão objurgado:

[...]

Com efeito, a prescrição depois de transitar em julgado a sentença penal condenatória regula-se pela pena aplicada, conforme o disposto no artigo 110 do Código Penal. Verifica-se nos prazos fixados no artigo 109, do mesmo diploma, que tem como termo inicial da contagem do prazo o dia em que transita em julgado a sentença penal condenatória para as duas partes, conforme precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça.

De outro lado, o artigo 112, inciso I, primeira parte, do Código Penal, estabelece que a prescrição, após a sentença condenatória, começa a correr,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

“do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação”. Esse dispositivo foi inserido no referido Código com a edição da Lei nº 7.209/1984, que é anterior à edição da Constituição Federal de 1988 que veio estatuir o princípio da não culpabilidade no seu artigo 5º, inciso LVII, segundo o qual, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Destaque-se que antes da Constituição de 1988, o Código Penal e o Código de Processo Penal eram norteados pelos princípios da presunção de culpabilidade e da periculosidade do agente, o que se infere do texto do revogado artigo 594 e da antiga redação do artigo 596 do Código de Processo Penal. Segundo esses dispositivos, o réu não podia apelar sem recolher-se à prisão e a sentença absolutória não implicava a restituição imediata da liberdade do réu, a depender do grau de apenação da infração penal.

Diante da nova ordem constitucional estabelecida pela Carta Magna de 1988, que instituiu um sistema de amplas garantias individuais, em especial os princípios do devido processo legal e da presunção de não culpabilidade ou da presunção de inocência, a jurisprudência passou a entender que o artigo 112, inciso I, primeira parte, do Código Penal, não foi recepcionado pela Constituição de 1988, não cabendo mais sua aplicação.

Entendeu, outrossim, que o termo inicial da contagem da prescrição da pretensão executória começa a correr do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para as duas partes. Nesse sentido:

[...]

Ressalte-se, conforme bem explicitado em voto da relatoria do eminente Desembargador Roberval Casemiro Belinati, cuja ementa está acima transcrita, que não se trata de declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal, pois é norma anterior à Constituição, mas de revogação de lei anterior por lei posterior, decidindo-se pela sua não recepção.

É possível a apreciação da *questio* pelo Órgão fracionário, sem necessidade de submetê-la ao Conselho Especial, inexistindo, por conseguinte, violação à cláusula de reserva de plenário, prevista no artigo 97 da Constituição Federal, ou à Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal.

No caso dos autos, o agravado foi condenado à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, no regime inicial aberto, pela prática da conduta prevista no artigo 155, *caput*, do Código Penal, em sentença condenatória publicada em 29/8/2007 (fl. 17), que prescreve em 4 (quatro) anos, nos termos do artigo 109, inciso V, do Código Penal.

Desse modo, considerando que o termo inicial para a contagem da prescrição da pretensão executória é a data do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para as duas partes, que ocorreu em 18/3/2010 (fl. 17-v), não há que se falar em prescrição da pretensão executória e na extinção da punibilidade do crime.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para afastar o decreto da extinção da punibilidade, bem como para determinar o início da execução da pena do agravado JOSE ARNALDO PEREIRA.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inicialmente, não se descarta que esta Colenda Sexta Turma tem decidido que o termo inicial para a contagem do prazo prescricional da pretensão executória é o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, conforme a redação do art. 112, inciso I, do Código Penal.

Vejam-se:

HABEAS CORPUS. PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. OCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. De acordo com a redação do art. 112, inciso I, do Código Penal, o termo inicial para a contagem do prazo prescricional da pretensão executória é o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação. Precedentes.

2. A prescrição da pretensão executória, no caso, ocorre em 08 (oito) anos, nos termos do art. 110, caput, c/c art. 109, inciso V, do Código Penal. A contar do trânsito em julgado do acórdão condenatório para a acusação (art. 112 do CP) até a presente data, transcorreram mais de 08 (oito) anos, motivo pelo qual está a pretensão executória estatal atingida pela prescrição.

3. Ordem concedida para declarar a prescrição da pretensão executória no tocante à Ação Penal n.º 1999.03.99.041596-4, Segunda Vara Federal da comarca de Bauru/SP. (HC 211.631/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 03/10/2011)

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. LAPSO PRESCRICIONAL TRANSCORRIDO.

1. O termo inicial da contagem do prazo prescricional da pretensão executória é o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação (art. 112, I, do CP).

2. A prescrição da pretensão executória, no caso, ocorre em 12 anos, nos termos do art. 110, caput, c/c art. 109, III, ambos do Código Penal. A contar da data do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação (art. 112 do CP) até a efetiva prisão do paciente transcorreram mais de 12 anos, motivo pelo qual está a pretensão executória estatal atingida pela prescrição.

3. Ordem concedida. (HC 146.010/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 05/09/2011)

Todavia, refletindo sobre o tema em análise, entendo que o marco inaugural da prescrição da pretensão executória deve ser a data do trânsito em julgado para ambas as partes.

O Supremo Tribunal Federal assentou ser inadmissível a execução de sentença penal condenatória desprovida de definitividade. Ou seja, enquanto houver pendência de recursos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não é possível o início da execução da pena, em virtude do princípio da presunção de inocência - art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Confira-se:

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 delinquente". 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)

Desse modo, não pode o Órgão Ministerial requerer o início da execução da pena, se o édito condenatório não se reveste de definitividade, razão pela qual entendo que a fixação do termo inicial da prescrição da pretensão executória, em data anterior ao dia em que a sentença alcança o seu requisito de executividade, afigura-se ilegal.

Conflita com a premissa da definitividade do édito condenatório, para fins de executividade, a estipulação do marco inicial prescricional em data anterior à realização deste efeito processual, pois não é possível exigir que a acusação respeite o lapso necessário à constituição do título penal executivo, e lhe impute o peso da prescrição executória, já que, mesmo satisfeita com a reprimenda imposta, terá o dever de aguardar o esgotamento das instâncias recursais incitadas pela defesa.

Com efeito, é preceito basilar do Direito que a pretensão só é exigível, quando do seu nascimento. Assim sendo, não há como considerar a desídia da acusação, a fim de caracterizar a prescrição da pretensão executória, se para esta, ainda, não surgiu o direito de ver cumprido o título penal executivo.

Nesse passo, mostra-se oportuna a menção de que o sistema recursal brasileiro dá azo a diversas manobras protelatórias, em face do elevado número de recursos que sobrecarrega a estrutura judicial, motivo pelo qual proponho o revisonamento do entendimento desta colenda Sexta Turma, a fim de se primar pela efetividade da sanção penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, a norma vertida no art. 112, inciso I, da Código Penal deve ter seus contornos redefinidos, já que a sua redação é anterior à edição da Carta Magna e à hermenêutica processual conferida ao princípio da presunção de inocência - art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Tomo, portanto, a liberdade de aderir a posicionamento diverso do até agora adota por esta egrégia Sexta Turma, a fim de fixar o termo inicial, para a prescrição da pretensão executória, o trânsito em julgado para ambas as partes.

Nesse sentido, a Quinta Turma deste Tribunal Superior já se pronunciou:

HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA AMBAS AS PARTES. LAPSO TEMPORAL NÃO VERIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. O termo inicial da contagem do prazo prescricional da pretensão executória é o trânsito em julgado para ambas as partes, porquanto somente neste momento é que surge o título penal passível de ser executado pelo Estado. Desta forma, não há como se falar em início da prescrição a partir do trânsito em julgado para a acusação, tendo em vista a impossibilidade de se dar início à execução da pena, já que ainda não haveria uma condenação definitiva, em respeito ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

2. Na hipótese, certificado o trânsito em julgado para ambas as partes aos 4-10-2010, não houve o transcurso do lapso prescricional aplicável à espécie - 2 (dois) anos, nos termos do artigo 109, inciso V, c/c art. 115, ambos do Código Penal -, o que impede a declaração da aludida causa de extinção da punibilidade.

3. Ordem denegada. (HC 218.388/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 15/02/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA AMBAS AS PARTES. LAPSO TEMPORAL NÃO VERIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. O termo inicial da contagem do prazo prescricional da pretensão executória é o trânsito em julgado para ambas as partes, porquanto somente neste momento é que surge o título penal passível de ser executado pelo Estado. Desta forma, não há como se falar em início da prescrição a partir da evasão do acusado ainda no curso da ação penal, tendo em vista a impossibilidade de se dar início à execução da pena, já que ainda não haveria uma condenação definitiva, em respeito ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

2. Na hipótese, certificado o trânsito em julgado para ambas as partes aos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

30.4.2007, não houve o transcurso do lapso prescricional aplicável à espécie - 12 (doze) anos, nos termos do artigo 109, inciso III, do Código Penal -, o que impede a declaração da aludida causa de extinção da punibilidade.

3. Ordem denegada. (HC 217.783/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 07/03/2012)

Alfim, verifica-se que paciente foi condenado a pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 155, *caput*, do Código Penal (fl. 24). A sentença condenatória transitou em julgado, para a acusação, em 24.9.2007 (fl. 26). Em 13.10.2010, o Juízo de Direito da Vara de Execuções Penais e Medidas Alternativas do Distrito Federal, declarou a prescrição da pretensão executória, tendo em vista o transcurso do lapso prescricional da pretensão executiva - mais de 4 (quatro) do seu termo inicial. Contudo, colhe-se dos autos que a sentença condenatória transitou em julgado em definitivo (para ambas as partes), em 18.3.2010 (fl. 24), marco este, que a meu entender, afigura-se como o correto para se aferir a prescrição da pretensão executória. Assim sendo, não há se falar no transcurso do prazo fatal.

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0018082-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 232.031 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20100112263196 20110020225365 20110112073847 3322006 387463720118070015

EM MESA

JULGADO: 29/03/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS)**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : OSLI BARRETO CAMILO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : JOSÉ ARNALDO PEREIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator denegando a ordem, pediu vista a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Aguardam os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior. "

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 232.031 - DF (2012/0018082-8)

RELATOR : MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : OSLI BARRETO CAMILO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS
PACIENTE : JOSÉ ARNALDO PEREIRA

VOTO-VISTA

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

O objeto do *writ* cinge-se à definição da adequada interpretação do art. 112 do Código Penal, a fim de se determinar o marco inicial da prescrição da pretensão executória: se a data do trânsito em julgado da condenação para a acusação ou para ambas as partes.

In casu, o Juiz da execução declarou extinta a punibilidade, reconhecendo a prescrição da pretensão executória, considerando como marco inicial o trânsito em julgado da sentença para a acusação, nestes termos (fls. 30/39):

Ressalte-se que, embora respeite entendimento jurisprudencial diverso, este Magistrado compreende que o prazo prescricional, em se tratando de sentença penal condenatória irrecorrível, ou seja, prescrição executória, começa a fluir do seu trânsito em julgado da condenação para a acusação, isso nos estritos moldes do artigo 112, inciso I, do Código Penal, mesmo porque tese diversa estaria, ao meu ver, inaugurando termo interruptivo da prescrição não previsto no taxativo rol do artigo 117, também, do Código Penal. Observemos o teor do referido dispositivo legal:

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; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Inclusive, este Juízo compreende que o instituto penal da prescrição é um dos mais odiáveis, máxime, pelo sentimento de impunidade por ele gerado; não se podendo, agora, na fase da execução penal, buscar a punição de Condenado, cuja punibilidade está extinta, isso em flagrante contrariedade a texto de lei e sob pena de constrangimento ilegal imputável a este Magistrado, sendo que, em verdade, coube ao *Parquet*, enquanto *custos legis*, ter providenciado o início da execução das penas dentro do respectivos prazos prescricionais, zelando, então não só para a submissão do Apenado às disposições da sentença condenatória, assim como de modo que os eventuais recursos fossem julgados o mais breve possível. Nesse sentido, vejamos aresto do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo:

(...)

Veja-se que essa tese encontra eco em entendimento já consolidado pelo nosso Tribunal de Justiça. É o que se infere dos julgados a seguir



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

transcritos:

(...)

E, mais recentemente, ou seja, em 01/09/2011, a Colenda 1ª Turma Criminal do nosso TDFT, ao julgar recurso de agravo do Ministério Público contra Decisão desta VEPEMA/DF a respeito do tema, compreendeu que:

(...)

Assim, reafirmada a certeza de que o prazo prescricional, em se tratando de sentença penal condenatória irrecorrível, ou seja, prescrição executória, começa a fluir do seu trânsito em julgado da condenação para a acusação, isso nos estritos moldes do artigo 112, inciso I, do Código Penal, porque tese diversa estaria, como bem destacado pela Excelentíssima Senhora Desembargadora da Colenda Primeira Turma Criminal do TJDF, inaugurando termo interruptivo da prescrição não previsto no taxativo rol do artigo 117, também, do Código Penal; sendo que, nas palavras do i. Professor Luiz Flávio Gomes : 'Uma coisa é interpretar a lei, outra distinta é criar uma nova norma, contra a lei. Para isso o juiz não tem legitimidade democrática. O juiz vai até onde a vontade da lei permite que ele vá. Sobretudo no âmbito penal, de aplicação restrita do princípio da legalidade, é fundamental que o juiz se atenha à letra da lei.'

Neste ponto, é bem esclarecedor, também, a r. Decisão exarada no dia 09/09/2011 (DJE nº 177, divulgado em 14/09/2011) pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Joaquim Barbosa, do Supremo Tribunal Federal, nos autos do recurso do Agravo de Instrumento nº 794.971/STF, no qual foi declarada extinta a punibilidade de conhecido personagem do futebol brasileiro, confirmando a tese de que o trânsito em julgado final para a defesa NÃO constitui marco interruptivo para a contagem da prescrição , mas, sim, o trânsito em julgado para a acusação. Vejamos trecho do referido julgado:

(...)

Repise-se, considerar o trânsito em julgado final como marco interruptivo da prescrição seria, salvo outro entendimento, o mesmo que tornar imprescritível, ao arrepio da legislação vigente, os delitos para os quais não há tal previsão, porquanto, somente após o julgamento dos recursos da Defesa pelos Tribunais Superiores, começaria a fluir o lapso prescricional da pretensão executória do Estado.

Posto isso, diante do tempo decorrido desde o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, operou-se a prescrição da pretensão executória do Estado, nos termos dos artigos 107, IV, 109, 110, caput, e 112, inciso I, todos do Código Penal - IMPONDO-SE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, O QUE DECRETO, POR SENTENÇA, com esteio nas disposições legais já referidas.

JULGO também EXTINTA, por ter sido alcançada pela prescrição, A PENA DE MULTA imposta ao sentenciado, pois as penas mais leves prescrevem com as mais graves, conforme reza o art. 118, do CP.

O acórdão impugnado, de sua parte, deu provimento ao agravo em execução do Ministério Público, assentando que o termo inicial seria o trânsito em julgado para ambas as partes, assim ementado (fl. 69):

RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. FURTO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONTAGEM DO PRAZO. TRÂNSITO EM JULGADO PARA AS DUAS PARTES. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL PACIFICADO.

A prescrição depois de transitar em julgado a sentença penal condenatória regula-se pela pena aplicada, conforme o disposto no art. 110 do CP. Verifica-se nos prazos fixados no artigo 109 do mesmo diploma, e tem como termo inicial da contagem do prazo o dia em que transita em julgado a sentença penal condenatória para as duas partes.

Precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça.

Recurso conhecido e provido.

Eis o inteiro teor do voto (fls. 72/76):

A controvérsia cinge-se à verificação acerca do marco inicial para a contagem do prazo para a prescrição da pretensão executória do Estado.

Com efeito, a prescrição depois de transitar em julgado a sentença penal condenatória regula-se pela pena aplicada, conforme o disposto no artigo 110 do Código Penal. Verifica-se nos prazos fixados no artigo 109, do mesmo diploma, que tem como termo inicial da contagem do prazo o dia em que transita em julgado a sentença penal condenatória para as duas partes, conforme precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça.

De outro lado, o artigo 112, inciso I, primeira parte, do Código Penal, estabelece que a prescrição, após a sentença condenatória, começa a correr, "do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação".

Esse dispositivo foi inserido no referido Código com a edição da Lei nº 7.209/1984, que é anterior à edição da Constituição Federal de 1988 que veio estatuir o princípio da não culpabilidade no seu artigo 5º, inciso LVII, segundo o qual, "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Destaque-se que antes da Constituição de 1988, o Código Penal e o Código de Processo Penal eram norteados pelos princípios da presunção de culpabilidade e da periculosidade do agente, o que se infere do texto do revogado artigo 594 e da antiga redação do artigo 596 do Código de Processo Penal. Segundo esses dispositivos, o réu não podia apelar sem recolher-se à prisão e a sentença absolutória não implicava a restituição imediata da liberdade do réu, a depender do grau de apenação da infração penal.

Diante da nova ordem constitucional estabelecida pela Carta Magna de 1988, que instituiu um sistema de amplas garantias individuais, em especial os princípios do devido processo legal e da presunção de não culpabilidade ou da presunção de inocência, a jurisprudência passou a entender que o artigo 112, inciso I, primeira parte, do Código Penal, não foi recepcionado pela Constituição de 1988, não cabendo mais sua aplicação.

Entendeu, outrossim, que o termo inicial da contagem da prescrição da pretensão executória começa a correr do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para as duas partes. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ART. 33, § 3º C/C ART. 28, INCISO III, DA LEI N. 11.343/06. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. MARCO INTERRUPTIVO. EFETIVO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA AMBAS AS PARTES. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS AO DESLINDE DA QUESTÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Na linha de precedentes desta Corte, considera-se como início do cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade o dia do efetivo comparecimento do apenado à instituição assistencial designada pelo Juízo das Execuções para o cumprimento da atividade (Precedentes).

2. O simples comparecimento do paciente em cartório para retirada de ofício e cadastramento em Programa de Prestação de Serviços à Comunidade não configura início do cumprimento da condenação, não podendo ser considerado marco interruptivo do prazo prescricional da pretensão executória (Precedentes).

3. O termo inicial da contagem do prazo prescricional da pretensão executória é o trânsito em julgado para ambas as partes, porquanto somente neste momento é que surge o título penal passível de ser executado pelo Estado. Desta forma, não há como se falar em início da prescrição a partir do trânsito em julgado para a acusação, tendo em vista a impossibilidade de se dar início à execução da pena, já que ainda não haveria uma condenação definitiva, em respeito ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

4. Na hipótese vertente, entretanto, não obstante o entendimento adotado pelas instâncias ordinárias não esteja em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, observa-se que não há nos autos informações seguras se o paciente já deu início ao efetivo cumprimento da pena, porquanto as notícias trazidas pela autoridade impetrada atestam tão somente a retirada do ofício em cartório aos 19-6-2008, fato que, repita-se, não pode ser considerado como marco interruptivo do mencionado lapso, motivo pelo qual não há como este Sodalício proceder a análise da ocorrência da referida causa extintiva de punibilidade no presente caso.

5. O rito do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de provas documentais que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente.

6. Ordem parcialmente concedida tão somente para determinar que o Juízo da Execução competente desconsidere o simples comparecimento do acusado em cartório para retirada de ofício como início do cumprimento da condenação e, procedendo nova análise dos marcos interruptivos previstos no art. 117 do Código Penal, verifique se já transcorreu o lapso temporal exigido para o reconhecimento da extinção da punibilidade do paciente pela prescrição da pretensão executória. (STJ. HC nº 163261/SP. Registro nº 2010/0031688-2. Rei. Min. JORGE MUSSI. Quinta Turma. Julgado em 1º/3/2011. Publicado no DJ-e de 25/4/2011 - grifo nosso).

RECURSO DE AGRAVO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO EXECUTÓRIA. MARCO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA AMBAS AS PARTES. NÃO RECEPÇÃO PARCIAL DO INCISO I DO ARTIGO 112 DO CÓDIGO PENAL. NÃO COMPATIBILIZAÇÃO COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA. REFORMA DA DECISÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1.O dies a quo da contagem do prazo prescricional da prescrição da pretensão executória somente ocorre com o trânsito em julgado da sentença condenatória para ambas as partes.

2.Considerar como termo inicial da prescrição executória o dia do trânsito em julgado para a acusação não se harmoniza com a nova ordem constitucional, subsequente à edição da Lei n. 7.209/1984, haja vista que esta norma foi elaborada no âmbito de um sistema pautado nos princípios da culpabilidade e da periculosidade do agente e que permitia a execução antecipada da pena.

3.A Constituição da República de 1988, por outro lado, consagrou o princípio da presunção de inocência e, por conseguinte, determinou significativas mudanças nos sistemas penal e processual penal, especialmente ao vedar a execução antecipada da pena.

4.Se ao Estado é vedado exigir o cumprimento antecipado da execução da pena antes do trânsito em julgado definitivo e, portanto, inexiste título executivo penal a ser executado, não há falar-se em prescrição da pretensão executória, pois esta somente nasce com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

5.Analisando o contexto histórico da edição da Lei n. 7.209/1984, verifica-se a incompatibilidade parcial do disposto no inciso I do artigo 112 do Código Penal, pois somente após o trânsito em julgado definitivo haverá a título penal passível de ser executado pelo Estado, sendo inconcebível falar-se em pretensão executória antes da sentença condenatória irrecorrível, em face do princípio constitucional da presunção de inocência.

6.A declaração da não recepção parcial de dispositivo não afronta a cláusula de reserva de plenário ou o Enunciado n. 10 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal.

7.Na espécie, o trânsito em julgado definitivo ocorreu em 19/8/2010 e, considerando a pena de 2 (dois) anos de reclusão, o prazo prescricional da pretensão executória é de 4 (quatro) anos, nos termos do inciso V do artigo 109 do Código Penal, o qual findará somente em 18/8/2014.

8.Recurso conhecido e provido para reformar a decisão agravada, afastar o reconhecimento da extinção da punibilidade, e determinar o início da execução da pena.

(20110020077345RAG, Acórdão nº 521233, Relator ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, 2ª Turma Criminal, julgado em 14/07/2011, DJ 26/07/2011 p. 199-grifo nosso)

Ressalte-se, conforme bem explicitado em voto da relatoria do eminente Desembargador Roberval Casemiro Belinati, cuja ementa está acima transcrita, que não se trata de declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal, pois é norma anterior à Constituição, mas de revogação de lei anterior por lei posterior, decidindo-se pela sua não recepção.

É possível a apreciação da questão pelo Órgão fracionário, sem necessidade de submetê-la ao Conselho Especial, inexistindo, por conseguinte, violação à cláusula de reserva de plenário, prevista no artigo 97 da Constituição Federal, ou à Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal.

No caso dos autos, o agravado foi condenado à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, no regime inicial aberto, pela prática da conduta prevista no artigo 155, caput, do Código Penal, em sentença condenatória publicada em 29/8/2007 (fl. 17), que prescreve em 4 (quatro) anos, nos termos do artigo 109, inciso V, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desse modo, considerando que o termo inicial para a contagem da prescrição da pretensão executória é a data do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para as duas partes, que ocorreu em 18/3/2010 (fl. 17-v), não há que se falar em prescrição da pretensão executória e na extinção da punibilidade do crime.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para afastar o decreto da extinção da punibilidade, bem como para determinar o início da execução da pena do agravado JOSE ARNALDO PEREIRA.

O Relator, Desembargador convocado Vasco Della Giustina, entendendo adequada a interpretação adotada pelo Tribunal de origem, denega a ordem.

Para melhor exame, pedi vista dos autos.

É o relatório.

O tema é interessante e complexo, demandando uma breve retrospectiva histórica.

O Código Penal, de 7 de dezembro de 1940, em sua redação original, assim dispunha:

Art. 112. No caso do art. 110, a prescrição começa a correr:

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

A jurisprudência, contudo, assentou que o marco inicial da prescrição da pretensão executória era a data do trânsito em julgado para a acusação, e não para ambas as partes. Tal circunstância levou à posterior alteração legislativa, com a edição da Lei nº 7.209, de 11.7.1984, que alterou a redação do aludido art. 112 para aquele atualmente vigente, *in verbis*:

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;

A partir de então, por expressa determinação legal, restou superada qualquer divergência. O legislador estabeleceu, sem qualquer margem de dúvida, que o termo inicial da prescrição da pretensão executória é a data do trânsito em julgado da condenação para a acusação.

Faz-se relevante aqui abordar uma peculiaridade, por vezes causadora de confusão. É que, diante do novo texto legal, a doutrina e a jurisprudência, de forma unânime, pelo que se tem conhecimento, diferenciaram o início do curso da prescrição da pretensão executória e o seu marco inicial.

Isso porque, enquanto não transitada em julgado a decisão condenatória, para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ambas as partes, não há falar em prescrição da pretensão executória, eis que ainda em curso o prazo da prescrição da pretensão punitiva, de forma intercorrente.

A partir do trânsito em julgado para as duas partes, todavia, inicia-se a contagem da prescrição da pretensão executória, cujo marco inicial, por expressa disposição legal, conta-se do trânsito em julgado para a acusação, ainda que de forma retroativa, se for o caso. Assim, se apenas a Defesa recorre, após tornar-se definitivo o julgamento do seu recurso, inicia-se o prazo da prescrição da pretensão executória, cujo termo inicial retroage para a data em que a sentença havia transitado em julgado para o *parquet*.

Nesse sentido, a doutrina é vasta e abundante, inclusive em obras publicadas recentemente, muitos anos após a vigência da Constituição Federal de 1988. Confirmam-se alguns trechos, a título de exemplo:

Deixou-se expresse com a reforma penal que o termo inicial da prescrição da pretensão executória não é o trânsito em julgado para ambas as partes, mas para a acusação. Passada em julgado para a acusação a sentença condenatória, o tempo da pena não pode ser aumentado, diante da impossibilidade da revisão *pro societate*. Assim, começa a ser contado o prazo da prescrição da pretensão executória com relação à pena imposta.

(Julio Fabbrini Mirabete. Manual de Direito Penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 26. ed. rev. e atual. até 5 de janeiro de 2010 - São Paulo: Atlas, 2010, p. 392)

1. 1. Pressuposto básico da prescrição executória

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 a acusação e defesa, pois, enquanto não transitar em julgado para a defesa, a prescrição poderá ser a intercorrente.

(Cezar Roberto Bittencourt. Código Penal Comentado. 6. ed. atual. - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 380)

A partir da data em que a sentença condenatória passa em julgado para a *acusação*, já se inicia a contagem da prescrição da pretensão executória. Exemplo: condenado o réu e transitada a sentença para a acusação em uma data, o acusado só vem a ser dela intimado três meses depois e não apela. Embora a sentença condenatória só se tenha tornado definitiva nesta última data (com o trânsito para ambas as partes), a contagem do prazo prescricional se faz a partir daquele momento *anterior* em que a condenação transitara em julgado para a acusação.

(Celso Delmanto (et. al.). Código Penal comentado. 8. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 423)

Com o trânsito em julgado, para a acusação, tem-se que a condenação não poderá ser alterada para prejudicar o acusado. Depois disso, o acusador não poderá obter maior reprimenda, nem pena mais severa. Diz-se, por isso, que a pena já não poderá ser reformada em prejuízo do acusado.

Nem por isso, é possível afirmar que a pretensão deixou de ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

punitiva, posto que ainda é possível a absolvição do acusado, hipótese em que a pretensão punitiva simplesmente desaparecerá, e nem se formará a pretensão de executar a pena, que nem existirá. A pretensão executória, por isso, só pode nascer com o trânsito em julgado para as duas partes, acusação e defesa. Sem que transite em julgado para ambos, a pretensão será, ainda punitiva.

Cuidando-se, porém, de demarcar o termo inicial da pretensão executória, o que só será possível fazer depois do trânsito em julgado para as duas partes, manda a lei que se observe o trânsito em julgado apenas para a acusação.

Mesmo a prescrição operando seus efeitos somente após o trânsito para ambas as partes, o prazo prescricional, todavia, começa a contar da data em que já não é possível alterar a sentença em prejuízo do acusado. Esta data é a do trânsito em julgado para a acusação. Em outras palavras, é a data a partir da qual o titular da pretensão punitiva já não luta por sua exacerbação, a partir da qual se conforma com a pena imposta. Desse momento começa a contar o prazo prescricional da pretensão executória.

(Ney Moura Teles. Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120, volume 1. 2. ed. - São Paulo: Atlas, 2006, p. 526)

A prescrição, então, diz respeito não à pretensão punitiva, mas à execução da pena imposta, que não mais tem o Estado o poder de impor. Estatui o Código Penal, no art. 112, o *dies a quo* para a contagem da prescrição da pena aplicada: do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação ou da data em que se revoga a suspensão condicional ou o livramento condicional.

Transitada em julgado a sentença condenatória para a acusação, torna-se firme a pena máxima aplicada, que pode ser eventualmente reduzida em recurso da defesa. Destarte, é por esse *quantum* que se regula a prescrição executória, que pode vir a suceder entre a sentença e o julgamento do recurso (...).

(Miguel Reale Júnior. Instituições de Direito Penal. 3. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 521)

A prescrição da pretensão executória, pressupondo a irrecorribilidade da condenação, logicamente tem como termo inicial principal o dia em que transita em julgado a sentença penal condenatória (CP, art. 112).

Para tanto, não se exige o trânsito em julgado da sentença para ambas as partes (autor e réu), bastando que tenha havido o trânsito em julgado para a acusação, uma vez que a partir de então não mais há possibilidade de reforma da sentença para aumentar a pena ou o prazo prescricional. Consequentemente, o dia do trânsito em julgado para a defesa é irrelevante para efeito de prescrição.

(Paulo Queiroz. Direito Penal: parte geral. 4. ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 429/430)

Guilherme de Souza Nucci, embora criticando a disposição legal, deixa certa a clareza da lei:

Termo inicial da prescrição da pretensão executória: é a data do trânsito em julgado da sentença condenatória, *para a acusação*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É inconcebível que assim seja, no entanto, 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.

(Código Penal Comentado. 8. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 554/555)

Também Luiz Carlos Betanho e Marcos Zilli, em obra de coautoria e coordenação de Alberto Silva Franco e Rui Stoco:

A questão do termo inicial envolve o problema de exigir, ou não, o trânsito em julgado para ambas as partes, ou apenas para a acusação, quando se discute sobre a prescrição da pretensão executória. (...)

Nos termos do art. 112, I, do CP, com a redação introduzida pela Lei 7.209/84, essa modalidade de prescrição tem seu termo inicial na data do trânsito em julgado para a acusação.

Concebe-se que não há lógica em se admitir o curso da prescrição para o Estado da pretensão executória da pena, enquanto o título pena ainda é inexequível, por falta de trânsito em julgado para a defesa. Entretanto, é o critério do legislador.

(...)

O CP, na redação anterior à Reforma Penal, ao dispor sobre o termo inicial da prescrição após a sentença condenatória, não se referiu expressamente ao trânsito em julgado; mas a jurisprudência, em face do princípio da impossibilidade da majoração da pena (na *reformatio in pejus*), já considerava que devia ser levado em conta o trânsito em julgado para a acusação (e não necessariamente para ambas as partes). A Lei 7.209/84, agasalhando essa interpretação, foi expressa ao dispor que a prescrição da pretensão executória começa a correr do *dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação*. Diante da clareza do texto legal, a corrente jurisprudencial que ainda exigia o trânsito em julgado para ambas as partes (RT 456/424) ficou superada.

(...)

Deve-se esclarecer, por outro lado, que o efetivo reconhecimento da prescrição da pretensão executória é condicionado ao trânsito em julgado da sentença também para o réu, pois caso se dê a prescrição antes desse termo será ela da pretensão punitiva e não da pretensão executória.

O fato de haver recurso da defesa pendente em nada altera a questão do termo inicial do prazo, nem mesmo se o recurso for acolhido. O que pode se alterar, nesta hipótese, é o prazo (que será calculado de acordo com a nova quantidade ou qualidade penal imposta), mas não o termo inicial.

(Alberto Silva Franco e Rui Stoco (coord.). Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência. 8. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 581/591)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mesmo sentido, por muito tempo a jurisprudência desta Corte foi pacífica, em ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção, como se vê:

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. LAPSO PRESCRICIONAL TRANSCORRIDO.

1. O termo inicial da contagem do prazo prescricional da pretensão executória é o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação (art. 112, I, do CP).

2. A prescrição da pretensão executória, no caso, ocorre em 12 anos, nos termos do art. 110, caput, c/c art. 109, III, ambos do Código Penal. A contar da data do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação (art. 112 do CP) até a efetiva prisão do paciente transcorreram mais de 12 anos, motivo pelo qual está a pretensão executória estatal atingida pela prescrição.

3. Ordem concedida.

(HC 146.010/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 05/09/2011)

HABEAS CORPUS. PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. OCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. De acordo com a redação do art. 112, inciso I, do Código Penal, o termo inicial para a contagem do prazo prescricional da pretensão executória é o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação. Precedentes.

2. A prescrição da pretensão executória, no caso, ocorre em 08 (oito) anos, nos termos do art. 110, caput, c/c art. 109, inciso V, do Código Penal. A contar do trânsito em julgado do acórdão condenatório para a acusação (art. 112 do CP) até a presente data, transcorreram mais de 08 (oito) anos, motivo pelo qual está a pretensão executória estatal atingida pela prescrição.

3. Ordem concedida para declarar a prescrição da pretensão executória no tocante à Ação Penal n.º 1999.03.99.041596-4, Segunda Vara Federal da comarca de Bauru/SP.

(HC 211.631/SP, minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 03/10/2011)

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. IMPROCEDÊNCIA.

1. No caso, condenado o paciente a 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, o prazo prescricional é de 12 (doze) anos, a teor do art. 109, III, do Código Penal. Entre os marcos interruptivos previstos em lei não se vislumbra o transcurso do mencionado lapso temporal. A contar da data do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação (art. 112 do CP), isto é, 10/2/1995, a pretensão executória estaria extinta somente em 9/2/2007. Ocorre que o paciente deu início ao cumprimento da pena em 2/12/2005, fato que interrompeu a contagem do prazo (art. 117 do CP).

2. Ordem denegada.

(HC 122.393/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 02/06/2011, DJe 15/06/2011)

EXECUÇÃO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PRESCRIÇÃO EXECUTÓRIA. NÃO IMPLEMENTO. PROGRESSÃO DE REGIME PARA O SEMIABERTO. PLEITO PREJUDICADO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. De acordo com o art. 110, § 1º, do Código Penal, "a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada".

2. Considera-se como termo inicial para contagem da prescrição da pretensão executória, de acordo com o art. 112, I, do CP, o dia em que transita em julgado a sentença condenatória para o Ministério Público.

3. Não há falar em implemento da prescrição da pretensão executória se não decorreu o prazo estabelecido no art. 109 do CP.

4. Resta prejudicado o pleito de progressão de regime uma vez que o paciente cumpre pena em regime semiaberto.

5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

(HC 104.045/GO, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 19/04/2010)

HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. PRESCRIÇÃO. PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO PARA A ACUSAÇÃO. AUSÊNCIA DE CERTIFICAÇÃO OU DE INFORMAÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. VEDAÇÃO. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO. INVIABILIDADE.

1. Após o trânsito em julgado da condenação, a prescrição, no caso da pretensão executória, regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos mesmos prazos previstos no art. 109 do CP, que são aumentados de 1/3 no caso de reincidência do apenado, e começa a correr do dia em que transita em julgado o édito condenatório para a acusação. Exegese dos arts. 110 e 112 do CP.

2. Inviável, em sede de habeas corpus, que não permite dilação probatória, reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão do Estado de executar a pena do paciente, já que dos elementos que instruem os autos não consta certidão dando conta da data em que a condenação transitou em julgado para a acusação, nem informação alguma nesse sentido.

3. Mesmo considerando-se que o trânsito em julgado para a acusação teria se dado no mês e ano em que prolatada a sentença, desta data até o dia em que o paciente foi preso para iniciar a execução da sanção que lhe foi imposta não se passaram os 8 (oito) anos exigidos pelo art. 109, IV, do CP para o reconhecimento da prescrição da pretensão executória in casu.

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ART. 89 DA LEI 9.099/95. NÃO OPORTUNIZAÇÃO. PACIENTE QUE NÃO PREENCHIA O REQUISITO SUBJETIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

1. Não preenchidos os requisitos dispostos no inciso II do art. 77 do CP, não faz jus o acusado ao benefício da suspensão condicional do processo, por não preencher o requisito subjetivo exigido pelo art. 89 da Lei 9.099/95, não havendo o que se falar em constrangimento ilegal quando, por esse motivo, não lhe foi oportunizado o benefício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REPRIMENDA. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. QUESTÃO NÃO APRECIADA PELA CORTE ORIGINÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO MANDAMUS NESSE PONTO. FALTA DE ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE PERMUTA NA SENTENÇA. NULIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO.

1. A questão da possibilidade de substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos, por não ter sido debatida na instância de origem, não pode ser apreciada nesta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Constitui evidente constrangimento ilegal, sanável de ofício pela via eleita, a ausência de exame, pelo togado singular, da possibilidade de substituição da pena reclusiva por medidas alternativas, pois não encerrada a dosimetria penal.

3. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada, concedendo-se habeas corpus de ofício para determinar que o Juízo da condenação se pronuncie acerca da possibilidade de substituição da reprimenda reclusiva por restritivas de direitos.

(HC 112.056/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 01/02/2010)

HABEAS CORPUS. FALTA DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DESCONTADAS DE EMPREGADOS. ART. 95, ALÍNEA "D", DA LEI Nº 8.212/91. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Afastado o aumento correspondente à continuidade delitiva, nos termos do enunciado nº 497 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e art. 119 do Código Penal, a sanção imposta foi de 2 anos de reclusão, operando-se a prescrição em 4 anos, a teor do disposto no art. 109, V, c/c o art. 110, § 1º, do Código Penal.

2. Decorrido o referido lapso temporal desde a data do trânsito em julgado do acórdão condenatório para a acusação, 18/3/2002 (fl. 239), e não tendo os pacientes iniciado o cumprimento da pena até a presente data, em virtude de liminar concedida para suspender sua execução, de acordo com o art. 112, inciso I, do Código Penal, impõe-se a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

3. Habeas corpus concedido, de ofício, para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva.

(HC 26.104/SC, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2009, DJe 03/11/2009)

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. VEREADORES. PECULATO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE CONFIGURADA. DECRETAÇÃO EM PRELIMINAR. PARCELA RELATIVA À CONTINUIDADE. DESCONSIDERAÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. IMPROPRIEDADE. RECURSOS JULGADOS PREJUDICADOS.

I. Transcorridos bem mais de 04 anos desde a decisão condenatória até a presente data, levando-se em conta a pena concretamente estabelecida em 1º grau – sem o aumento decorrente da continuidade delitiva, declara-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extinta a punibilidade dos réus, pela ocorrência da prescrição intercorrente, prejudicado o mérito dos seus recursos.

II. Não há que se falar em prescrição da pretensão executória, se ainda não houve o trânsito em julgado para ambas as partes.

II. Declarada a extinção da punibilidade dos recorrentes e recursos especiais julgados prejudicados.

(REsp 252.403/PR, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2002, DJ 03/06/2002, p. 236)

PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. REINCIDÊNCIA. PRAZO. REQUISITOS. SEGUNDO DESSUME DO DISPOSTO NO CÓDIGO PENAL (ARTIGOS 110 CAPUT E 112) A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA REGULA-SE PELA PENA APLICADA CUJO PRAZO, EM CASO DE REINCIDÊNCIA, E ACRESCIDO DE UM TERÇO, TENDO COMO MARCO O TRANSITO EM JULGADO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO OU O IMPROVIMENTO DO RECURSO QUE INTERPÔS. TODAVIA, FICA A PENDER DE UMA CONDIÇÃO, ISTO E, QUE A SENTENÇA CONDENATÓRIA TAMBÉM TRANSITE PARA A DEFESA. ENTRETANTO, O PRAZO PRESCRICIONAL COMEÇA A FLUIR DO DIA EM QUE TRANSITOU EM JULGADO A DECISÃO PARA A ACUSAÇÃO. NO CASO, DECORRIDO O PRAZO LEGAL ENTRE O TRANSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DATA EM QUE O PACIENTE FOI PRESO, DECLARA-SE A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA.

(RHC 4.073/SP, Rel. Ministro JESUS COSTA LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 26/10/1994, DJ 14/11/1994, p. 30964)

Tranquila também a compreensão do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. SENTENÇA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA.

1. A sentença analisou as circunstâncias pessoais do Paciente, o depoimento das testemunhas arroladas pela defesa e a imputação sobre o aspecto fático e jurídico. Respeitou o método trifásico. Falta de fundamentação não caracterizada.

2. O exame da prescrição da pretensão executória é da competência do juízo da execução criminal. Embora não argüido naquele juízo, compete a este tribunal examiná-la. É que a extinção da punibilidade pela prescrição pode ser declarada em qualquer fase do processo pelo Juiz que a reconheceu (CPP, art. 61). A prescrição da pretensão executória verifica-se após o efetivo trânsito em julgado da sentença, para ambas as partes (CP, art. 110). Começa a fluir, entretanto, da data do trânsito em julgado para a acusação (CP, art. 110, § 1º). Regula-se pela pena concretizada na sentença. No caso, a sentença condenatória transitou em julgado para o Ministério Público em 14 de outubro de 1997. Para a defesa, em 13 de janeiro de 1998. Em 14 de outubro de 1997, o prazo prescricional começou a fluir. As penas foram unificadas em 25 de fevereiro de 1999, no juízo da execução. Resultou em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de detenção. Ainda não havia fluído o prazo de prescrição da pena concretizada na sentença. Ou seja, 02 (dois) anos (CP, art. 109, inc. VI), já que a pena foi de 06



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção. Considera-se, doravante, o resultado da soma das penas (dois anos e seis meses de detenção). O prazo prescricional é de 08 (oito) anos (CP, art. 109, inc. IV, c/c art. 110). Esse prazo aumenta-se de 1/3 (um terço) porque o PACIENTE é reincidente (CP, art. 110, § 2º). Em 03 de junho de 1998, interrompeu-se o prazo de prescrição pelo início de cumprimento da pena (CP, art. 117, V). Em 17 de novembro de 1998, o PACIENTE evadiu-se. Nessa circunstância, conta-se a prescrição pelo restante da pena não cumprida, a partir do dia da evasão (CP, art. 113). Ou seja, 02 (dois) anos e 16 (dezesseis) dias. A prescrição pelo restante da pena continua sendo de 08 (oito) anos (CP, art. 109, IV). O PACIENTE ainda está foragido, apesar de ter endereço certo na cidade de Campinas/SP, de onde vem impetrando Habeas neste Tribunal. O prazo prescricional ainda não fluiu. Habeas conhecido e indeferido.

(HC 81150, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 04/09/2001, DJ 04-04-2003 PP-00066 EMENT VOL-02105-02 PP-00284)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS . PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. CP, ART. 110, C/C ART. 109, III. MENORIDADE: CP, ART. 115.

I. - Pena de 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão: prescrição em 12 (doze) anos (CP, art. 109, III). Redução pela metade, em razão da menoridade relativa do paciente à época dos fatos: 6 (seis) anos. Início do prazo prescricional: data do trânsito em julgado da sentença para a acusação (16/9/92) (CP, art. 112, I). Como ainda não teve início o cumprimento da pena - causa interruptiva (CP, art. 117, V) -- ocorreu a prescrição da pretensão executória.

II. - HC deferido.

(HC 77519, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 20/10/1998, DJ 04-12-1998 PP-00012 EMENT VOL-01934-03 PP-00438)

A Quinta Turma desta Corte, contudo, em 25.05.10, no julgamento do HC nº 137.924/SP, Relator o Ministro Jorge Mussi, adotou entendimento diverso, por unanimidade de votos, assentando que o marco inicial seria o trânsito em julgado para ambas as partes. Eis o resumo do acórdão:

HABEAS CORPUS. ART. 10 DA LEI 9.437/97. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. MARCO INTERRUPTIVO. EFETIVO INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA AMBAS AS PARTES. ORDEM DENEGADA.

1. Na linha de precedentes desta Corte, considera-se como início do cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade o dia do efetivo comparecimento do apenado à instituição assistencial designada pelo Juízo das Execuções para o cumprimento da atividade (Precedentes).

2. O simples comparecimento do paciente em cartório para retirada de ofício e cadastramento em Programa de Prestação de Serviços à Comunidade não configura início do cumprimento da condenação, não podendo ser considerado marco interruptivo do prazo prescricional da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pretensão executória (Precedentes).

3. O termo inicial da contagem do prazo prescricional da pretensão executória é o trânsito em julgado para ambas as partes, porquanto somente neste momento é que surge o título penal passível de ser executado pelo Estado. Desta forma, não há como se falar em início da prescrição a partir do trânsito em julgado para a acusação, tendo em vista a impossibilidade de se dar início à execução da pena, já que ainda não haveria uma condenação definitiva, em respeito ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

4. Na hipótese vertente, a sentença condenatória transitou em julgado para ambas as partes em 08/09/2005 e o paciente iniciou cumprimento da pena em 05/08/2007. Portanto, não ocorreu a alegada causa de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória, ex vi art. 110, caput, c/c art. 109, inciso V, do Código Penal, já que não foi ultrapassado o lapso temporal de 02 (dois) anos entre os marcos interruptivos delineados.

5. Ordem denegada.

(HC 137.924/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 02/08/2010)

Mostra-se relevante analisar o inteiro teor do voto:

O termo inicial do prazo prescricional da pretensão executória, por sua vez, deve ser considerado a data em que ocorre o trânsito em julgado para ambas as partes, porquanto somente neste momento é que surge o título penal passível de ser executado pelo Estado, em respeito ao princípio contido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, sendo forçosa a adequação hermenêutica do disposto no artigo 112, inciso I, do Código Penal, cuja redação foi dada pela Lei n. 7.209/84, ou seja, é anterior ao atual ordenamento constitucional.

Isto porque, não haveria como se falar em início do prazo prescricional a partir do trânsito em julgado apenas para a acusação em razão da impossibilidade do Estado dar início à execução da pena, já que ainda não haveria uma condenação definitiva, condicionada à resignação do acusado com a prestação jurisdicional.

Nesse sentido instar destacar o posicionamento doutrinário de Alberto Silva Franco e Rui Stoco, *in verbis*:

"Transitada em julgado a sentença condenatória para ambas as partes, surge o título penal a ser executado dentro de um certo lapso de tempo, variável de acordo com a pena concretamente aplicada. Esse título perderá sua força executória se o direito dele decorrente não for exercitado pelos órgãos estatais, nos prazos previstos art. 109 do CP, verificando-se então a prescrição da pretensão executória, também chamada prescrição da pena ou da condenação. (**Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 577).

Dessa forma, necessária a ocorrência do trânsito em julgado da sentença para ambas as partes para que, só então, segundo jurisprudência desta Corte, seja dado início ao prazo prescricional da pretensão executória. Nesse sentido, confira-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. VEREADORES. PECULATO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE CONFIGURADA. DECRETAÇÃO EM PRELIMINAR. PARCELA RELATIVA À CONTINUIDADE. DESCONSIDERAÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. IMPROPRIEDADE. RECURSOS JULGADOS PREJUDICADOS.

"I. Transcorridos bem mais de 04 anos desde a decisão condenatória até a presente data, levando-se em conta a pena concretamente estabelecida em 1º grau – sem o aumento decorrente da continuidade delitiva, declara-se extinta a punibilidade dos réus, pela ocorrência da prescrição intercorrente, prejudicado o mérito dos seus recursos.

"II. Não há que se falar em prescrição da pretensão executória, se ainda não houve o trânsito em julgado para ambas as partes.

"III. Declarada a extinção da punibilidade dos recorrentes e recursos especiais julgados prejudicados.

(REsp nº 252403/PR, Rel. Ministro GILSON DIPP, Quinta Turma, julgado em 02/05/2002, DJ 03/06/2002 p. 236).

Na hipótese em apreço, considerando-se que a pena aplicada foi de 1 (um) ano de detenção, a prescrição ocorre em 4 (quatro) anos, nos termos do art. 110, *caput*, c/c art. 109, inciso V, ambos do Código Penal. E, em se tratando de menor de 21 anos à época do fato, reduz-se o prazo pela metade, consoante disposto no art. 115 do Estatuto Repressivo, totalizando em 2 (dois) anos.

Assim, examinando os marcos prescricionais previstos no art. 117 do Código Penal, constata-se que entre o trânsito em julgado para ambas as partes, verificado aos 8-9-2005 - termo inicial para a contagem do prazo - e o início do cumprimento da pena (5-8-2007), não transcorreu lapso temporal superior a 2 (dois) anos, motivo pelo qual não há que se falar em prescrição da pretensão executória estatal.

(...)

Ante o exposto, não obstante os argumentos trazidos à colação pela defesa do paciente, inexistindo o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima, com supedâneo na orientação consagrada nesta Corte de Justiça, não merece acolhida a sua pretensão, razão pela qual **denega-se a ordem**.

Entendeu-se, assim, que diante do princípio contido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, seria necessária uma adequação hermenêutica do art. 112, I, do Código Penal. Isso porque, antes da condenação definitiva, o Estado estaria impossibilitado de dar início à execução da pena.

Embasaram o voto a obra coordenada por Alberto Silva Franco e Rui Stoco, além de precedente daquela Quinta Turma de 2002, ambos agora repetidos:

Transitada em julgado a sentença condenatória para ambas as partes, surge o título penal a ser executado dentro de um certo lapso de tempo, variável de acordo com a pena concretamente aplicada. Esse título perderá sua força executória se o direito dele decorrente não for exercitado pelos órgãos estatais, nos prazos previstos art. 109 do CP, verificando-se então a prescrição da pretensão executória, também chamada prescrição da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ou da condenação.

(Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 577).

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. VEREADORES. PECULATO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE CONFIGURADA. DECRETAÇÃO EM PRELIMINAR. PARCELA RELATIVA À CONTINUIDADE. DESCONSIDERAÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. IMPROPRIEDADE. RECURSOS JULGADOS PREJUDICADOS.

"I. Transcorridos bem mais de 04 anos desde a decisão condenatória até a presente data, levando-se em conta a pena concretamente estabelecida em 1º grau – sem o aumento decorrente da continuidade delitiva, declara-se extinta a punibilidade dos réus, pela ocorrência da prescrição intercorrente, prejudicado o mérito dos seus recursos.

"II. Não há que se falar em prescrição da pretensão executória, se ainda não houve o trânsito em julgado para ambas as partes.

"III. Declarada a extinção da punibilidade dos recorrentes e recursos especiais julgados prejudicados.

(REsp nº 252403/PR, Rel. Ministro GILSON DIPP, Quinta Turma, julgado em 02/05/2002, DJ 03/06/2002 p. 236).

É de se considerar, todavia, que tanto a obra doutrinária quanto o precedente citados referiam-se, como explicitado no início do voto, ao início do curso da prescrição da pretensão executória, que só ocorre após o trânsito em julgado para ambas as partes. Não tratavam, contudo, do marco inicial de contagem da prescrição.

Na verdade, conforme citação já feita neste voto, na mencionada obra, coordenada por Alberto Silva Franco e Rui Stoco, da qual também fui coautora do Título II da Parte Especial, e cujo Título VIII da Parte Geral, aqui tratado, foi escrito por Luiz Carlos Betanho e Marcos Zilli, os autores deixam certo que a opção legislativa foi pelo início da contagem da prescrição a partir do trânsito em julgado para a acusação. Repita-se aqui a transcrição:

A questão do termo inicial envolve o problema de exigir, ou não, o trânsito em julgado para ambas as partes, ou apenas para a acusação, quando se discute sobre a prescrição da pretensão executória. (...)

Nos termos do art. 112, I, do CP, com a redação introduzida pela Lei 7.209/84, essa modalidade de prescrição tem seu termo inicial na data do trânsito em julgado para a acusação.

Concebe-se que não há lógica em se admitir o curso da prescrição para o Estado da pretensão executória da pena, enquanto o título pena ainda é inexequível, por falta de trânsito em julgado para a defesa. Entretanto, é o critério do legislador.

(...)

O CP, na redação anterior à Reforma Penal, ao dispor sobre o termo inicial da prescrição após a sentença condenatória, não se referiu expressamente ao trânsito em julgado; mas a jurisprudência, em face do princípio da impossibilidade da majoração da pena (na *reformatio in pejus*), já considerava que devia ser levado em conta o trânsito em julgado para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acusação (e não necessariamente para ambas as partes). A Lei 7.209/84, agasalhando essa interpretação, foi expressa ao dispor que a prescrição da pretensão executória começa a correr do *dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação*. Diante da clareza do texto legal, a corrente jurisprudencial que ainda exigia o trânsito em julgado para ambas as partes (RT 456/424) ficou superada.

(...)

Deve-se esclarecer, por outro lado, que o efetivo reconhecimento da prescrição da pretensão executória é condicionado ao trânsito em julgado da sentença também para o réu, pois caso se dê a prescrição antes desse termo será ela da pretensão punitiva e não da pretensão executória.

O fato de haver recurso da defesa pendente em nada altera a questão do termo inicial do prazo, nem mesmo se o recurso for acolhido. O que pode se alterar, nesta hipótese, é o prazo (que será calculado de acordo com a nova quantidade ou qualidade penal imposta), mas não o termo inicial.

(Alberto Silva Franco e Rui Stoco (coord.). Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência. 8. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 581/591)

A despeito de tal julgamento da Quinta Turma, realizado em 25.05.10, e corroborado em decisões posteriores (a exemplo do HC 127.062, DJU de 14.02.11, e do HC 217.783, DJU de 07.03.12, ambos de Relatoria do Ministro Jorge Mussi), a matéria não restou totalmente pacificada nem mesmo no âmbito daquele órgão julgador. Há decisões posteriores em sentido contrário, como se vê:

HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 28 DA LEI N.º 11.343/06. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. OCORRÊNCIA. MARCO INTERRUPTIVO. EFETIVO INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. A conduta do Paciente encontra-se tipificada no art. 28 da nova Lei de Tóxicos e possui prazo prescricional regulado pelo art. 30 do mesmo diploma. Contudo, em razão da reincidência do Apenado, o prazo extintivo deve ser aumento de 1/3 (art. 110, caput, CP), passando a ser de 02 anos e 08 meses.

2. O simples comparecimento do sentenciado para a retirada do ofício de encaminhamento à entidade para prestação de serviços à comunidade não constitui marco interruptivo da contagem do prazo prescricional, segundo pacífica jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.

3. Na espécie, a sentença condenatória transitou em julgado para a acusação em 23/03/2006 (art. 112, inciso I, do CP) e, segundo informado pela Autoridade Impetrada, o Paciente não iniciou o cumprimento da sanção. Nesse contexto, ausente qualquer marco interruptivo, verificou-se a extinção da punibilidade estatal em 22/11/2008, pela ocorrência da prescrição da pretensão executória, porquanto transcorrido lapso superior aos 02 anos e 08 meses exigidos para a sua declaração.

4. Ordem concedida para, cassando o acórdão impugnado, declarar extinta a punibilidade estatal pelo reconhecimento da prescrição da pretensão executória, nos termos do art. 107, inciso IV, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 166.448/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 15/03/2012)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. PACIENTE CONDENADO A 2 ANOS E 4 MESES DE DETENÇÃO, POR DUPLO HOMICÍDIO CULPOSO PRATICADO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR (2 ANOS PELO CRIME, ACRESCIDOS DE 4 MESES PELO CONCURSO FORMAL). NÃO OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. MARCO INICIAL: TRÂNSITO EM JULGADO, PARA A ACUSAÇÃO (E, NO CASO EM EXAME, TAMBÉM PARA A DEFESA), DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, OCORRIDO EM 25.06.07. ART. 112, I DO CPB. PRESCRIÇÃO EM 4 ANOS (ART. 109, V DO CPB). PARECER DO MPF PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. Infere-se do acórdão objurgado que a sentença, publicada em 30.07.2003, transitou em julgado para ambas as partes em 25.06.2007, quando, então, o direito de punir do Estado transmudou-se em direito de impor concretamente a sanção restritiva de liberdade.

2. Se o paciente restou condenado a 2 anos e 4 meses de detenção, a prescrição, nos termos do art. 109, V do CPB, ocorreria em 4 anos, a contar do último marco interruptivo, in casu, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a acusação.

3. Parecer do MPF pelo desprovimento do recurso.

4. Recurso Ordinário desprovido.

(RHC 25.918/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 03/11/2010)

A discussão, como visto, consiste em definir a adequada interpretação do art. 112, I, do Código Penal, bem com analisar se tal dispositivo foi ou não recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

A meu ver, não há como dar ao aludido dispositivo legal interpretação diversa da literal, expressamente definida pelo legislador, a qual entendo ser compatível com a Constituição Federal.

É bem verdade que a Constituição vigente, em seu art. 5º, LVII, instituiu o princípio da presunção de não-culpabilidade, segundo o qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Em decorrência desse princípio, a jurisprudência foi evoluindo ao longo dos anos até chegar ao estágio atual, em que se entende que toda prisão anterior ao trânsito em julgado da condenação tem natureza cautelar e, portanto, só pode ser imposta se demonstrada sua imprescindibilidade, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Fixou-se, com isso, a regra de que se deve responder ao processo em liberdade e assim permanecer até sentença condenatória definitiva. Apenas excepcionalmente, mediante concreta fundamentação, admite-se a prisão cautelar. Portanto, a execução provisória da pena seria exceção.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante desse contexto, poderia se entender mais razoável e coerente, como inclusive ressaltado acima por alguns doutrinadores, que o marco inicial da prescrição da pretensão executória passasse a ser a data em que indiscutivelmente cabe ao Estado executar a sanção imposta, ou seja, o trânsito em julgado da condenação para ambas as partes.

Isso não significa, contudo, no meu entendimento, que o dispositivo legal em comento, que determina a contagem a partir do trânsito em julgado para a acusação, seja incompatível com a Constituição.

Na verdade, tal procedimento não viola qualquer dispositivo ou princípio constitucional, tanto que poderá o legislador, mesmo em norma futura, a exemplo da que decorrerá do atual projeto de reforma do Código Penal, manter tal determinação, sem que isso importe em inconstitucionalidade.

Das citações doutrinárias mencionadas, nota-se que alguns autores justificam a definição de tal marco inicial da prescrição pelo fato de que, com o trânsito em julgado para a acusação, o seu titular conforma-se com a sanção imposta, dela não mais se insurgindo. Nesse contexto, independentemente de quando se dará início ao cumprimento da reprimenda, tal fase seria uma opção razoável para se estabelecer o começo da contagem da prescrição.

Poderia se entender, ainda, adequado o marco inicial a partir da condenação transitada em julgada para a acusação pois, com a pena devidamente estipulada, sem possibilidade de acréscimo, caberia ao Estado dar célere andamento aos recursos defensivos, a fim de tornar a solução definitiva, passando-se, em seguida, à execução da pena.

O certo é que o art. 112 do Código Penal convive de forma harmoniosa com a Constituição Federal. Pode não ser a melhor escolha - repita-se -, mas não é incompatível com a ordem constitucional.

Ressalte-se que, a despeito de a Constituição Federal de 1988 ter instituído o princípio da presunção de não-culpabilidade, por muito tempo o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a execução provisória não violava tal princípio, compreensão corroborada pelo Supremo Tribunal Federal. Argumentava-se que, como o recurso especial não possuía efeito suspensivo, a prisão após o julgamento da apelação seria consequência lógica da condenação, independentemente de ser fundamentada a custódia cautelar.

Confirmam-se, nesse sentido, julgados desta Corte proferidos após a vigência da Constituição Federal:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PENAL. HABEAS CORPUS POSTERIOR AO ACÓRDÃO E SIMULTÂNEO COM RECURSO ESPECIAL. CUNHO PREVENTIVO. PERDA DE JURISDIÇÃO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONHECIMENTO COMO SUBSTITUTIVO DO RECURSO ORDINÁRIO. EFEITO SUSPENSIVO DA DECISÃO RECORRIDA. - CONHECE-SE COMO SUBSTITUTIVO DO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL O 'HABEAS CORPUS' PREVENTIVO FRUSTRADO NA INSTÂNCIA AD QUEM.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL NO FATO DE PERMANECEREM PRESOS OS RÉUS NA PENDENCIA DE RECURSO ESPECIAL, ESTE QUE NÃO TEM EFEITO SUSPENSIVO.

- PRECEDENTE DO S. T. J.

(RHC .689/MG, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/1990, DJ 09/10/1990, p. 10902)

PROCESSUAL PENAL. PRESCRIÇÃO EM CONCRETO. INOCORRÊNCIA, POIS ENTRE A INTIMAÇÃO DA SENTENÇA (28/05/93) E A DATA DE HOJE NÃO SE PASSARAM MAIS DE DOIS ANOS (CP, ART. 109, VI). POR OUTRO LADO, O RECURSO ESPECIAL NÃO TEM EFEITO SUSPENSIVO, NÃO IMPEDINDO A EXECUÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO.

(RHC 4.080/MG, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, SEXTA TURMA, julgado em 11/11/1994, DJ 19/12/1994, p. 35331)

PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. INTERPOSIÇÃO DE RE E RESP. EFEITO SUSPENSIVO. INEXISTÊNCIA.

- A LEI NR. 8.038/91 NÃO ATRIBUIU EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL, TORNANDO-SE POSSÍVEL A EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA, AINDA QUE OS MESMOS NÃO TENHAM SIDO JULGADOS.

- RECURSO DESPROVIDO.

(RHC 4.351/SP, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 27/03/1995, DJ 19/06/1995, p. 18751)

- PROCESSO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. CONFIRMAÇÃO EM SEGUNDO GRAU. RECURSO ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO. - HABEAS CORPUS. INVIABILIDADE DE SUA CONCESSÃO COM VISTAS A DAR EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL.

- O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA TEM SE ORIENTADO NO SENTIDO DE NEGAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL, QUANDO O MESMO AINDA SE ENCONTRAR SOB A TUTELA JURISDICIONAL DESTA CORTE, OU SEJA, ADMITIDO.

- PRECEDENTES.

- ORDEM DENEGADA.

(HC 5.575/RS, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/03/1997, DJ 05/05/1997, p. 17064)

PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS" SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. EXECUÇÃO PENAL. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. EFEITO. REITERAÇÃO DE PEDIDO.

I - Contra decisão condenatória de segundo grau cabem, apenas, em princípio, recursos de natureza extraordinária - recurso especial e recurso extraordinário - sem efeito suspensivo (art. 27, § 2º da Lei nº 8.038/90), razão pela qual pode ser dado cumprimento ao mandado de prisão em forma de execução provisória.

II - Não se conhece de recurso ordinário cujo objeto é idêntico ao do "writ" já julgado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso não conhecido.

(RHC 7.290/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/1998, DJ 19/10/1998, p. 113)

PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE.

1 - Havendo decreto condenatório, contra o qual pende recurso especial que, pela Lei nº 8038/90, não tem efeito suspensivo, nada impede que seja expedido mandado de prisão contra o condenado.

Precedentes da Corte.

2 - Ordem denegada.

(HC 7.707/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 17/09/1998, DJ 13/10/1998, p. 187)

HC - CONSTITUCIONAL - PENAL - PROCESSUAL PENAL - PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - CONDENAÇÃO - STATUS DE CONDENADO - DIREITO DE AGUARDAR JULGAMENTO EM LIBERDADE - RECURSO ESPECIAL - EFEITO.

- A Constituição da República consagrou o Princípio da Presunção de Inocência, ou seja, só se adquire o status de condenado, após o necessário trânsito em julgado do decreto condenatório; embora o Recurso Especial possua, ordinariamente, efeito meramente devolutivo, o Princípio da Presunção de Inocência, consagrado na Carta Política de 1988, recomenda o aguardo, em liberdade, de julgamento em sede de Especial.

(HC 9.093/SP, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 06/05/1999, DJ 02/08/1999, p. 225)

PENAL. RÉU CONDENADO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE PRISÃO. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DIREITO DE AGUARDAR EM LIBERDADE O RECURSO DE NATUREZA EXCEPCIONAL. INDEFERIMENTO. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. DELITO NÃO CONSIDERADO HEDIONDO. POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME.

É assente a diretriz pretoriana no sentido de não inibir a constrição do status libertatis do condenado o princípio constitucional da não culpabilidade, porquanto os recursos especial e extraordinário, ainda sob apreciação, não tem efeito suspensivo. Assim, pendente de julgamento recurso de natureza excepcional, lícita é a expedição de mandado de prisão, se não se subordinou a segregação ao trânsito em julgado da condenação.

Precedentes do STF e do STJ.

No crime de estupro com violência presumida não incide a regra proibitiva da progressão inserta no § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, porquanto o estupro ficto não pode ser considerado crime hediondo.

Precedentes do STJ e do STF.

Ordem parcialmente concedida, de ofício.

(HC 11.768/MG, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2000, DJ 08/05/2000, p. 107)

PROCESSO PENAL - ROUBO QUALIFICADO - RECURSO DE APELAÇÃO - CONDENAÇÃO DO RÉU - PRISÃO - NECESSIDADE.

- A prisão do paciente, que respondeu ao processo em liberdade, sendo absolvido em primeiro grau, decorre de condenação em sede de apelação,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em decisão unânime. Destarte, os recursos, porventura interpostos (especial ou extraordinário), a partir daí, não possuem efeito suspensivo. Inexiste, portanto, constrangimento ilegal.

- Precedentes.
- Ordem denegada.

(HC 15.013/SP, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2001, DJ 25/02/2002, p. 409)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO DE HABEAS CORPUS. JÚRI. RECURSO EM LIBERDADE. QUESITAÇÃO. RESPOSTAS.

I – Contra decisão que mantém condenação em Segundo grau cabem, apenas, em princípio, recursos de natureza extraordinária – especial e/ou extraordinário – sem efeito suspensivo (art. 27, § 2º da Lei 8.038/90), razão pela qual pode e deve ser dado início à execução penal. Nem mesmo a limitação, eventualmente fixada em primeiro grau, quanto à expedição de mandado de prisão, traz reflexos na fase recursal para a instância incomum. (Precedentes do STJ e do Pretório Excelso).

II – A evidente ausência de prejuízo para a parte não pode supedanejar a pretensão ao reconhecimento de nulidade (art. 563 do CPP). Se consta, sem contestação, que cinco (5) jurados votaram em determinado sentido, o equívoco material – constando como vencido um (1) voto – não pode ser considerado como fundamento de nulidade.

Recurso desprovido.

(RHC 12.152/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2001, DJ 25/02/2002, p. 405)

HABEAS CORPUS. MANDADO DE PRISÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU MANTIDA EM APELAÇÃO CRIMINAL. POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO.

Os recursos para os Tribunais Superiores (STJ e STF) possuem, de ordinário, somente efeito devolutivo, forte no art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90. Assim, não configura constrangimento ilegal a expedição de mandado de prisão para a execução provisória da condenação imposta pelas instâncias ordinárias. Precedentes desta Corte e do C. STF.

Princípio constitucional da presunção da inocência que não foi, in casu, violado.

Ordem denegada.

(HC 20.781/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/04/2002, DJ 20/05/2002, p. 172)

CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EFEITO SUSPENSIVO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE DECISÃO QUE DEU PROVIMENTO AO AGRAVO. FUNDAMENTOS SUPERADOS. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO SEM EFEITO SUSPENSIVO. MERO EFEITO DA CONDENAÇÃO. IMPROPRIEDADE DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

Evidenciada a superveniência de decisão monocrática que deu provimento ao agravo de instrumento interposto em favor do paciente, resta prejudicada a pretensão de atribuir efeito suspensivo ao referido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recurso, até o seu julgamento.

Tanto o recurso especial quanto o extraordinário não têm, de regra, efeito suspensivo, razão pela qual sua eventual interposição não tem o condão de impedir a imediata execução do julgado, com a expedição de mandado de prisão contra o réu para o início do cumprimento da pena.

A prisão atacada constitui-se em mero efeito da condenação, não se cogitando de qualquer violação ao Princípio Constitucional da Inocência.

O habeas corpus não é a via adequada para se atribuir efeito suspensivo a agravo de instrumento, recurso especial ou recurso extraordinário, pedido que normalmente é veiculado por medida cautelar inominada e só é acolhido em casos excepcionalíssimos.

Ordem denegada.

(HC 26.837/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 08/04/2003, DJ 23/06/2003, p. 405)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO VIA TELEGRAMA FONADO. CARÊNCIA DE ULTERIOR CONFIRMAÇÃO MEDIANTE A JUNTADA DOS ORIGINAIS. CONDENAÇÃO MANTIDA EM SEDE DE APELAÇÃO CRIMINAL. RECOLHIMENTO À PRISÃO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 267 DO STJ. PRECEDENTES.

1. Consoante reiterado entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não se admite pedido de habeas corpus impetrado via fac-símile ou telegrama fonado, sem oportuna confirmação. Precedentes.

2. Os recursos especial e extraordinário, se interpostos e admitidos, não possuem efeito suspensivo capaz de impedir o regular curso da execução da decisão condenatória (Súmula n.º 267 do STJ).

3. Writ não conhecido.

(HC 23.826/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2004, DJ 08/03/2004, p. 294)

Em maio de 2002, mais de dez anos após a Constituição Federal, a Terceira Seção desta Corte sumulou o tema, no enunciado de nº 267, *in verbis*:

A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.

Tal entendimento ainda prevaleceu por vários anos. Até 2008, passados vinte anos da Constituição Federal, ainda se julgava com base na aludida Súmula nº 267/STJ, como se vê:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO MANTIDA EM SEDE DE APELAÇÃO CRIMINAL PELO TRIBUNAL A QUO. RECOLHIMENTO À PRISÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO ESTADO DE INOCÊNCIA PRESUMIDO. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ.

1. A custódia do apenado em cárcere, decorrente de sua condenação na instância ordinária, mantida em sede de recurso de apelação, é providência compatível com o sistema processual vigente e não ofende o princípio insculpido no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal.

2. Os recursos de natureza extraordinária, se interpostos e admitidos, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

teor da Lei n.º 8.038/1990, não possuem efeito suspensivo capaz de impedir o regular curso da execução da decisão condenatória.

3. Precedentes do STJ e do STF.

4. Ordem denegada.

(HC 38.420/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/02/2005, DJ 14/03/2005, p. 398)

RECURSO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. DEFENSOR DATIVO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO ACÓRDÃO. NULIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. É prerrogativa do defensor dativo e do defensor público, ou de quem exerça cargo equivalente, a intimação pessoal de todos os atos e termos do processo, pena de nulidade (artigo 5º, parágrafo 5º, da Lei nº 1.060/50, com a redação dada pela Lei nº 7.871/89 e artigo 370, parágrafo 4º, do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996).

2. Persiste a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em que, sendo desprovido de efeito suspensivo o recurso especial, a sua interposição não inibe a expedição de mandado de prisão, não havendo falar, em casos tais, em violação qualquer do princípio constitucional da presunção de inocência.

3. "A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão." (Súmula do STJ, Enunciado nº 267).

4. Recurso parcialmente provido.

(RHC 15.328/ES, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2005, DJ 06/02/2006, p. 312)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. EXPEDIÇÃO IMEDIATA DE MANDADO DE PRISÃO. POSSIBILIDADE. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO. PEDIDO DE CUMPRIMENTO DA PENA EM PRISÃO DOMICILIAR NÃO FORMULADO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. A execução provisória do julgado constitui mero efeito da condenação, não se cogitando de qualquer violação ao princípio constitucional do estado presumido de inocência.

2. Não há qualquer ilegalidade no superveniente acórdão do Tribunal a quo que, mantendo a sentença condenatória de 1º grau, determina a prisão do Paciente, dando início à execução provisória da pena. A custódia atacada constitui-se mero efeito da condenação, sendo que os recursos eventualmente interpostos, quais sejam, o recurso extraordinário e o especial, não têm efeito suspensivo, não se cogitando, por conseguinte, de reformatio in pejus. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

3. O pedido de cumprimento da pena em prisão domiciliar não foi requerido nas instâncias inferiores, impossibilitando-se, assim, a sua análise, sob pena de indevida supressão de instância.

4. Habeas corpus parcialmente conhecido, e nesta parte, denegado.

(HC 62.465/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/02/2007, DJ 12/03/2007, p. 281)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 171, CAPUT, DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO. EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. EFEITO DEVOLUTIVO.

I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados (Precedentes do STF e STJ).

II - In casu, verifica-se que a r. decisão condenatória apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível.

Não existem argumentos suficientes a justificar, no caso concreto, a fixação da pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão.

III - Contra a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, cabem, tão-somente, em princípio, recursos de natureza extraordinária – apelos especial e extraordinário – sem efeito suspensivo (art. 27, § 2º da Lei nº 8.038/90), razão pela qual se afigura legítima a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da respectiva condenação (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ/Súmula nº 267-STJ).

Writ parcialmente concedido.

(HC 73.004/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2007, DJ 04/06/2007, p. 410)

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. MANDADO DE PRISÃO EXPEDIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. POSSIBILIDADE. SÚMULA 267/STJ. ORDEM DENEGADA.

1. Nos termos da Súmula 267/STJ, "A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão".

2. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que "a pendência do recurso especial ou extraordinário não impede a execução imediata da pena, considerando que eles não têm efeito suspensivo, são excepcionais, sem que isso implique em ofensa ao princípio da presunção da inocência" (HC 90.645/PE, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. para acórdão Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, DJ 14/11/07).

3. Ordem denegada.

(HC 84.252/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 06/05/2008, DJe 23/06/2008)

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRETENSÃO DE AGUARDAR O JULGAMENTO DA APELAÇÃO EM LIBERDADE. PEDIDO PREJUDICADO EM RAZÃO DO SUPERVENIENTE JULGAMENTO DO RECURSO. PRISÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL: 4 ANOS E 6 MESES. RÉU QUE OSTENTA MAUS ANTECEDENTES. ORDEM DENEGADA, EM CONFORMIDADE COM O PARECER MINISTERIAL.

1. A prisão é mera consequência da decisão penal condenatória, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

modo que, já tendo sido apreciada a Apelação, a interposição de qualquer dos Recursos Raros (RE e REsp.), mesmo que admitidos, não teria o efeito de suspender a execução da decisão penal condenatória, motivo pelo qual encontra-se prejudicado o pedido, neste particular.

2. Ademais, no caso em apreço, do teor do acórdão hostilizado, verifica-se que a manutenção encarceramento cautelar a medida constritiva foi tomada não apenas em razão da comprovada materialidade e autoria, mas também e especialmente da necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal e da ordem pública, haja vista ter o réu péssimos antecedentes e não ter colaborado com o bom andamento do instrução criminal, vez que não compareceu aos demais atos processuais após seu interrogatório.

3. Justificada a elevação da pena-base em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis (péssimos antecedentes), não há que se falar em constrangimento ilegal.

4. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial.

(HC 93.972/GO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 16/02/2009)

E essa interpretação reforçava a tese de que o art. 112, I, do Código Penal, foi sim recepcionado pela Constituição Federal. Ora, se possível, como regra, executar provisoriamente a pena, razoável que o marco inicial da prescrição executória seja o trânsito em julgado para a acusação.

Concomitantemente, contudo, em meados de 2006, passaram a surgir julgados em sentido diverso, inicialmente desta Sexta Turma, interpretando-se que a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação ofendia o princípio da não-culpabilidade. Confirmam-se alguns precedentes:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE PENA. PACIENTE QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE TODO O CURSO DO PROCESSO. EXECUÇÃO DA PENA CONDICIONADA AO TRÂNSITO EM JULGADO.

A eg. Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça já consolidou o seu posicionamento no sentido da excepcionalidade da prisão cautelar, assim entendida aquela que antecede a condenação transitada em julgado, sob pena de se violar a garantia constitucional da presunção de inocência, somente admitindo a custódia cautelar nos casos legais autorizativos de sua decretação, quando certas a autoria e a existência do crime (art. 312 do CPP), e mediante fundamentação que demonstre a sua absoluta necessidade.

Muito embora a súmula nº 267 do STJ disponha que a "interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão, a sua aplicação, no entanto, vem sofrendo mitigação por esta Corte Superior de Justiça à luz da disciplina constitucional da liberdade, conciliando-a com o princípio constitucional da presunção de inocência.

Se réu respondeu a todo o processo em liberdade e não se observa qualquer alteração processual a justificar a segregação cautelar, assim deve permanecer até o esgotamento da instância recursal, ressalvadas as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hipóteses de presença dos pressupostos e requisitos da custódia cautelar (art. 312 do Código de Processo Penal), suficientemente demonstrados pelo magistrado.

Ordem concedida para determinar a suspensão da execução da pena até o trânsito em julgado da condenação."

(HC 73.578/RS, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 30.08.2007, DJ 15.10.2007 p. 357)

HABEAS CORPUS. ARTIGO 159, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE PROVAS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

(...)

2. A Súmula nº 267 desta Corte deve ser conciliada com o princípio constitucional da presunção de inocência. Isto significa que, antes do trânsito em julgado da condenação, a execução provisória deve pautar-se nos requisitos de cautelaridade, expondo os fatos que justifiquem a necessidade da segregação cautelar.

3. In casu, a expedição do mandado de prisão foi determinada, tão-somente, em decorrência do provimento da apelação, sem declinar motivos que justificariam a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação.

4. Ordem concedida para determinar que o paciente permaneça em liberdade até o trânsito em julgado, salvo expedição de mandado de prisão devidamente fundamentado.

(HC nº 47.314/SP, Relator o Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJU de 15/5/2006)

Prisão (recolhimento). Réu (em liberdade). Apelação improvida (expedição de mandado). Prisão (caráter provisório). Sentença (trânsito em julgado).

1. Antes de a sentença penal condenatória transitar em julgado, a prisão dela decorrente tem a natureza de medida cautelar, a saber, de prisão provisória – classe de que são espécies a prisão em flagrante, a temporária, a preventiva, etc.

2. O ato que determina a expedição de mandado de prisão – oriundo de Juiz ou proveniente de Tribunal (do relator de apelação, por exemplo) – há de ser sempre fundamentado.

3. Presume-se que toda pessoa é inocente, isto é, não será considerada culpada até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, princípio que, de tão eterno e de tão inevitável, prescindiria de norma escrita para tê-lo inscrito no ordenamento jurídico.

4. Em tese, só se justifica prisão após o trânsito em julgado.

5. É da jurisprudência do Superior Tribunal que o réu, já em liberdade, em liberdade permanecerá até que se esgotem os recursos de índole ordinária.

6. De igual sorte, quanto aos recursos de índole extraordinária.

7. Conforme a Súmula nº 267/STJ, porém, a interposição de recurso não obsta mandado de prisão, desde que, obviamente, a autoridade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

judiciária competente justifique a prisão, tal como acontece, por exemplo, com a preventiva (art. 315 do Cód. de Pr. Penal).

8. É ilícita a expedição de mandado de prisão sem fundamentação do respectivo ato.

9. Ordem concedida a fim de se garantir liberdade ao paciente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória."

(HC nº 51.004/SP, Relator o Ministro NILSON NAVES, DJU de 12/6/2006)

PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR. ARTS. 180, § 1º E 311, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. RECURSOS EXCEPCIONAIS. EFEITO DEVOLUTIVO. EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO DO PRETÓRIO EXCELSO.

I - Contra a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, cabem, tão-somente, em princípio, recursos de natureza extraordinária – apelos especial e extraordinário – sem efeito suspensivo (art. 27, § 2º, da Lei n.º 8.038/90).

II - O Plenário do c. Pretório Excelso, no julgamento do HC 84.078/MG, ocorrido em 05/02/2009, concluiu que 'ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP' (Informativo-STF n.º 534).

III - Na espécie, o e. Tribunal a quo, ao admitir recurso especial interposto pelo recorrente, atribui-lhe apenas o efeito devolutivo, determinando, ainda, a expedição do respectivo mandado de prisão. Nesse contexto, deve ser reconhecido o constrangimento ilegal decorrente da execução provisória da pena sem a demonstração dos requisitos cautelares do art. 312 do CPP.

Medida Cautelar indeferida. Habeas Corpus concedido de ofício para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação, salvo se por outro motivo estiver preso.

(MC 15.238/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2009, DJe 28/09/2009)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA AS LICITAÇÕES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. VERIFICAÇÃO.

1. A ausência de previsão de efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário não se constitui em motivo válido para o início da execução provisória da pena, porquanto tal representaria dano prejuízo ao princípio constitucional da não-culpabilidade.

2. Ordem concedida para assegurar ao paciente o direito de permanecer em liberdade até eventual trânsito em julgado da condenação criminal imposta.

(HC 114.111/SP, minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 30/11/2009)

Tal linha de entendimento seguiu convicção firmada em julgamentos da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Suprema Corte:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO PARA A PRISÃO CAUTELAR. EXECUÇÃO ANTECIPADA. INCONSTITUCIONALIDADE.

A prisão sem fundamento cautelar, antes de transitada em julgado a condenação, consubstancia execução antecipada da pena. Violação do disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição do Brasil.

Ordem concedida.

(HC 88174/SP - Relator p/ Acórdão Min. EROS GRAU - DJ 31-08-2007, p. 55)

PENAL. HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECOLHIMENTO À PRISÃO PARA APELAR. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. MEDIDA EXCEPCIONAL. ORDEM CONCEDIDA.

I - A determinação de prisão cautelar que impede o paciente de recorrer em liberdade é medida excepcional, devendo ser fundamentada de forma individualizada, com a explicitação dos motivos que levaram o magistrado a impor a medida extrema.

II- Paciente que respondeu ao processo solto deve, no caso, aguardar o trânsito em julgado em liberdade.

III - Ordem concedida.

(HC 90895/SP - Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI - DJ 29-06-2007 - p. 59)

HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DE DECISÃO QUE NÃO ADMITE RECURSO ESPECIAL PENDENTE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. PACIENTE QUE PERMANECEU SOLTO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. RAZOABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Até que o Plenário do Supremo Tribunal Federal decida de modo contrário, prevalece o entendimento de que é constitucional a execução provisória da pena, ainda que sem o trânsito em julgado e com recurso especial pendente.

2. Até pronunciamento definitivo da Corte, a análise sobre a existência de constrangimento ilegal deve ser feita em cada caso concreto.

3. No caso em exame, o paciente permaneceu solto desde a instrução até o momento, além de possuir residência certa.

4. Decreto de prisão que não é razoável no contexto.

5. Ordem concedida."

(HC 89952/MG - Rel. JOAQUIM BARBOSA - DJ 29-06-2007)

EMENTA: 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 delinquente".

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 1988, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048)

De notar que, a despeito de a execução provisória ser medida excepcional, de acordo com a atual interpretação, é certo que há casos em que é possível a custódia cautelar. Imagine-se a hipótese de ser negado, fundamentadamente, o direito de recorrer em liberdade, tal *decisum* transitar em julgado para a acusação e o réu não ser localizado, deixando-se de cumprir o mandado de prisão.

Em tal situação, seria plenamente justificável a aplicação do vigente art. 112, contando-se, a partir de então, quando já cabe ao Estado executar a sanção, a prescrição da pretensão executória. Não se justificaria que somente após o trânsito em julgado também para a Defesa se desse início a tal prazo, a não ser que houvesse expressa determinação legal nesse sentido, o que, atualmente, não há.

Nesse contexto, a interpretação contrária ao texto da lei é que pareceria violar o princípio constitucional da legalidade. Estar-se-ia dando interpretação *contra legem* e contra o réu, violando princípio constitucional.

Conveniente, nesse aspecto, conferir a lição de Celso Ribeiro Bastos, *in verbis*:

Contudo, há uma limitação lógica. É que se exclui a possibilidade de que o intérprete da lei pretenda forçar uma interpretação que, não obstante em consonância com os termos constitucionais, viola a literalidade daquela, vale dizer, seja *contra legem*, com o que se cria uma verdadeira norma paralela, porque não extraível do texto da lei o conteúdo constitucional atribuído, erigindo-se o Judiciário à função de legislador positivo. É que o intérprete não poderá atribuir um significado à norma que seja totalmente distante da letra desta, ou em inteira autonomia, desprezando por completo o que estiver preceituado. A interpretação não se pode desvincular da norma posta.

(Hermenêutica e Interpretação Constitucional. 2. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 171)

E Luís Roberto Barroso ensina:

Ficou registrado acima, no estudo da presunção de constitucionalidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral, que uma norma não deve ser declarada inconstitucional: (a) quando a invalidade não seja manifesta e inequívoca, militando a dúvida em favor de sua preservação;

(Interpretação e Aplicação da Constituição. Luís Roberto Barroso. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 180/185)

Relevante, ainda, conferir o entendimento esposado por Luiz Flávio Gomes em artigo jurídico tratando exatamente do tema em debate, no qual inclusive se tece crítica ao julgamento da Quinta Turma desta Corte aqui mencionado:

O Tribunal da Cidadania (STJ) manifestou-se de maneira totalmente equivocada (data vênua) sobre a prescrição da pretensão executória no julgamento do HC 137.924 – SP, rel. Min. Jorge Mussi, *writ* analisado pela Quinta Turma do Superior Tribunal.

Em termos gerais, como se sabe, há duas prescrições possíveis no direito criminal: a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória.

Quanto à prescrição da pretensão executória, restou consignado no julgamento acima mencionado que o prazo de prescrição da execução da pena há de ter início com o trânsito em julgado da sentença para a acusação e para a defesa.

Tendo em vista que o Código Penal é expresso em dispor no artigo 112, inciso I, que a prescrição da pretensão executória começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória **para a acusação**, não nos parece que o novo posicionamento possa ser considerado correto, já que deriva de uma modificação do texto legal. Interpretação contra a letra da lei. Explica-se.

A prescrição é instituto que corre em favor do réu. Ou seja, na prescrição, o tempo corre contra o Estado que precisa agir rapidamente. Considerando que com o novo posicionamento do STJ a prescrição há de aguardar o trânsito em julgado não só para a acusação, mas também para a defesa, parece-nos que agora a inércia do Estado virá em prejuízo do réu. Isso porque é possível que o trânsito em julgado se dê antes para a acusação que para a defesa, logo, a prescrição se iniciará mais longe, com o quê o réu fica prejudicado.

Uma coisa é interpretar a lei, outra distinta é criar uma nova norma, contra a lei. Para isso o juiz não tem legitimidade democrática. O juiz vai até onde a vontade da lei permite que ele vá. Sobretudo no âmbito penal, de aplicação restrita do princípio da legalidade, é fundamental que o juiz se atenha à letra da lei.

Vários julgados já admitem a execução provisória da sentença, estando o réu preso, bastando para isso o trânsito em julgado para a acusação. Logo, há situações em que a sentença já vem sendo executada antecipadamente. Daí a pertinência do art. 112, I, do CP, que fala em trânsito em julgado para a acusação. Esse é o marco da prescrição da pretensão executória.

O que foi feito no julgado em destaque não foi uma interpretação da lei, sim, uma criação de uma nova norma. Cuida-se do que a doutrina chama de sentença (acórdão) modificativa ou substitutiva do legislador. O juiz se coloca no lugar do legislador e passa a ditar a norma que ele acha a mais adequada. Mas o juiz não foi eleito pelo povo. Não pode, portanto, fazer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

isso. O limite da interpretação do juiz é o texto legal, no âmbito penal, salvo quando a lei for inconstitucional.

Uma coisa é mudar a lei e outra é interpretar a lei. O ânimo punitivista do juiz não pode ultrapassar os limites do texto legal.

(Luiz Flávio Gomes. Prescrição da pretensão executória: erro do STJ. 14/01/2011 [Acesso em 14 de maio de 2012]. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2011/01/14/prescricao-da-pretensao-executoria-erro-do-stj/>)

Assim, penso que, tendo em conta a atual interpretação garantista do princípio da não-culpabilidade, que acaba por limitar a possibilidade de o Estado executar provisoriamente a pena, caberá ao legislador, se assim entender, alterar o marco inicial da prescrição da pretensão executória. Não é possível, contudo, afirmar que o art. 112 do Código Penal não tenha sido recepcionado pela Constituição Federal, tampouco dar a ele interpretação contrária à vontade do legislador, expressamente definida.

Note-se que, em 05.05.10, foi editada a Lei nº 12.234, que alterou os artigos 109 e 110 do Código Penal, aumentando o prazo prescricional para as penas inferiores a 1 anos e excluindo a possibilidade de prescrição retroativa com base em data anterior à da denúncia. A despeito de tais modificações, relacionadas diretamente à prescrição penal, nada se disse acerca do marco inicial da prescrição da pretensão executória, sendo de se presumir que a intenção do legislador é mesmo a de manter o marco conforme expressamente disposto no vigente art. 112 daquele diploma.

Registre-se, por fim, que em recentíssimo julgamento, realizado em 03.04.12, o Supremo Tribunal Federal corroborou o entendimento aqui esposado, aplicando o disposto no art. 112 do Código Penal. Veja-se:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÂNSITO. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. CUMPRIMENTO DA PENA NÃO INICIADO E AUSÊNCIA DE NOVOS MARCOS INTERRUPTIVOS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA DA PENA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

1. A prescrição regula-se pela pena aplicada depois de proferida a sentença condenatória, sendo que, cuidando-se de execução da pena, o lapso prescricional flui do dia em que transita em julgado para a acusação, conforme previsto no artigo 112, combinado com o artigo 110 do Código Penal.

2. In casu, o agente foi condenado à pena de sete meses de detenção e, decorridos mais de dois anos do trânsito em julgado da sentença para a acusação e defesa, não se deu início à execução da pena nem se apontou a existência de causa interruptiva da prescrição executória da pena. Extinção da punibilidade em virtude da superveniente prescrição da pretensão executória do Estado, nos termos do artigo 112, inciso I, do Código Penal.

3. Ordem de habeas corpus concedida.

(HC 110133, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 03/04/2012, DJe-076 DIVULG 18-04-2012 PUBLIC 19-04-2012)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em conclusão, entendo que o art. 112, I, do Código Penal, foi recepcionado pela Constituição Federal e deve ser observado, considerando-se como marco inicial da prescrição da pretensão executória o trânsito em julgado para a acusação. De rigor, pois, que seja restabelecida a decisão de primeiro grau, que declarou extinta a punibilidade, *in casu*.

Ante o exposto, pedindo vênias ao Relator, concedo o *habeas corpus* para, cassando o acórdão impugnado, restabelecer a decisão que extinguiu a punibilidade, pelo reconhecimento da prescrição da pretensão executória.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 232.031 - DF (2012/0018082-8)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (PRESIDENTE): Srs. Ministros, acompanho o voto da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, nessa análise, sem prejuízo de divagar um pouco sobre esse tema em outra situação, ou em outro momento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 232.031 - DF (2012/0018082-8)

**RELATOR : MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : OSLI BARRETO CAMILO - DEFENSOR PÚBLICO
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS**
PACIENTE : JOSÉ ARNALDO PEREIRA

RATIFICAÇÃO DE VOTO

**O SENHOR MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/RS):** Sr. Ministro, mantenho meu voto até para esquentar
as ideias.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 232.031 - DF (2012/0018082-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Sr. Presidente, acompanhando a divergência, **concedo** a ordem de *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0018082-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 232.031 / DF

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20100112263196 20110020225365 20110112073847 3322006 387463720118070015

EM MESA

JULGADO: 15/05/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS)**

Relatora para Acórdão

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOÃO FRANCISCO SOBRINHO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

ADVOGADO : OSLI BARRETO CAMILO - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

PACIENTE : JOSÉ ARNALDO PEREIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento após o voto-vista da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura concedendo a ordem, e os votos dos Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior no mesmo sentido, a Turma, por maioria, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que lavrará o acórdão, vencido o Sr. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS)."

Votaram com a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.