

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.808.435 - SP (2019/0111816-4)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

**RECORRENTE : ALEX GOMES SILVA**

**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**

**RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

### **DECISÃO**

**ALEX GOMES SILVA** interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**.

O recorrente aponta negativa de vigência aos arts. 110 e 112, I, do Código Penal. Argumenta que **o marco inicial para a contagem do prazo para a prescrição da pretensão executória é o trânsito em julgado da condenação para a acusação**.

Requer, portanto, o reconhecimento da referida prescrição.

Apresentadas as contrarrazões e admitido o especial, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo seu não provimento.

#### **Decido.**

Primeiramente, observo que o recurso especial suplanta o juízo de prelibação, haja vista a ocorrência do necessário prequestionamento, além de estarem presentes os demais pressupostos de admissibilidade, razões pelas quais avanço na análise de mérito da controvérsia.

#### **I. Contextualização**

Extraí-se dos autos que **o recorrente foi condenado a 1 ano de reclusão e 10 dias-multa, em regime inicial aberto, pela prática do delito tipificado no art. 180 do Código Penal. Nos autos de execução da pena, o Juízo das Execuções Penais reconheceu a ocorrência da prescrição executória e declarou a extinta a punibilidade do réu**.

**O Tribunal estadual deu provimento ao agravo em execução do Ministério Público, a fim de afastar a prescrição reconhecida pelo Juízo *a quo* e determinar o prosseguimento da**

**execução penal.**

Acerca da matéria posta a debate, o Tribunal de origem assinalou (fl. 126-131, destaquei):

A acusação interpôs o presente recurso pleiteando a reforma da decisão impugnada, ao argumento de que não ocorreu a prescrição da pretensão executória, postulando, assim, o regular prosseguimento da execução penal.

No caso, considerando que o réu foi definitivamente condenado à pena de 01 (um) ano de reclusão que, nos termos do artigo 109, inciso V, do Código Penal, a prescrição obedece ao prazo de 04 (quatro) anos, reduzido de metade, porquanto ao tempo dos fatos o apenado era menor de 21 anos (artigo 115 do Código Penal) resultando no prazo prescricional de 02 (dois) anos.

O mérito recursal se limita à correta verificação do termo inicial da prescrição da pretensão executória do Estado.

O MM. Juízo de origem entendeu tal marco como sendo a data do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação. E, assim, teria ocorrido a prescrição, uma vez que o apenado contava com idade inferior a 21 (vinte e um) anos ao tempo dos fatos delitivos e transitada em julgado da sentença para a acusação em 19/05/2015 (fl.35), transcorreu o prazo de 02 (dois) anos.

O compulsar dos autos indica que o delito foi praticado em 30/09/2014, enquanto que a denúncia foi recebida em 15/10/2014 e a publicação da sentença condenatória ocorreu em 12/05/2015. Esta E. Quinta Turma deu parcial provimento ao apelo defensivo tão somente para conceder os benefícios da assistência judiciária gratuita (fls.36/43).

**O acórdão transitou em julgado para ambas as partes em 07/02/2017 (fl.44).**

Reconhecendo a divergência jurisprudencial quanto ao termo inicial da pretensão executória, temos que a expressão "trânsito em julgado para a acusação" ou para a defesa deve ser utilizada *cum grano salis*.

Com efeito, não se pode entender que a decisão transitou em julgado para a acusação porque ela deixou de recorrer da sentença condenatória, até porque não podia fazê-lo por falta de interesse. Não há aí propriamente trânsito em julgado, pois se a apelação defensiva tivesse provimento,

reabrir-se-iam para a acusação as vias recursais.

A expressão tomou-se comum, porém, em matéria de prescrição retroativa. Aqui, fala-se em "trânsito em julgado para a acusação", não num sentido absoluto, mas naquele em que, havendo recurso exclusivo da defesa, não será possível o agravamento da pena em sede recursal, em razão do princípio da non reformatio in pejus.

Contudo, como se vê, tal raciocínio é restrito à aferição da definitividade da pena in concreto, para fins de reconhecimento da prescrição retroativa, não havendo sentido em aplicá-lo à pretensão executória.

A menção do art. 112, I, do Código Penal só faz sentido em um cenário em que admitida a execução provisória da pena, o que era a regra no Código de Processo Penal na sua redação original. Com efeito, o art. 597 dispõe que:

"A apelação de sentença condenatória terá efeito suspensivo, salvo o disposto no art. 393 (...)"

O art. 393, na sua redação original, por sua vez, dispunha:

"São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I - Ser o réu preso ou conservado na prisão (...)

II - Ser o nome do réu lançado no rol dos culpados."

A chamada Lei Fleury (Lei n.º 5.941/73), que alterou o art. 594 do CPP, reafirma essa regra originária da execução provisória, ao tempo em que cria uma primeira exceção, quando se tratar de réu primário e de bons antecedentes.

Vê-se, assim, que a sentença condenatória era desde logo executável, razão pela qual a prescrição da pretensão executória começava de logo a correr, caso o Ministério Público não interpusse recurso, na forma do citado art. 112, I, do CP.

Contudo, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, interpretando o alcance do princípio constitucional da presunção da inocência, vedou toda e qualquer execução provisória (HC 84.078/MG, rei. Min. Eros Grau, 05.02.2009, Informativo STF n.º 534), estando o Ministério Público impedido de pleitear a execução da pena enquanto o feito não transitar em julgado para ambas as partes.

Seria, na visão do Excelso Pretório, um contrassenso reconhecer a prescrição da pretensão executória pelo transcurso de um lapso temporal durante o qual o Estado-acusação não pode agir e que escoa em benefício exclusivo das postulações recursais da defesa.

Com a devida vênia, o pensamento em contrário parece-nos ensejar impunidade e pecar por dar ao art. 112, I, já referido, interpretação que não subsiste, por adequar-se apenas a contexto legislativo pretérito.

Isso porque a Justiça Pública ainda não podia pretender que se iniciasse a execução da sanção penal cominada ao acusado, o que só passou a ser possível a partir do trânsito em julgado da condenação para ambas as partes.

A guinada jurisprudencial do STF a respeito do tema da execução provisória da pena, nos termos do decidido no HC 126292/SP, de 17.02.2016, é superveniente ao caso em tela e em nada altera o raciocínio até aqui expandido.

De fato, seria um despautério ainda maior cogitar que, em virtude da recente alteração da orientação jurisprudencial, autorizando, apenas doravante, a execução provisória da pena, fosse possível repristinar, com efeitos retroativos, aquela ultrapassada interpretação do art. 112, I, do Código Penal, cujo equívoco já se expôs acima.

Por todos estes argumentos, não se pode concluir que houve a prescrição da pretensão executória do Estado, eis que o prazo prescricional de 02 (dois) anos ainda não se ultimou. Nesse sentido são os recentes julgados:

[...]

É esse também o posicionamento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ou seja, de que o termo inicial da prescrição da pretensão executória é a data do trânsito em julgado da decisão para ambas as partes, uma vez que não se pode dar início ao cumprimento da pena, isto é, à execução, antes desse marco.

Transcrevo os precedentes:

[...]

Assento, pois, que o lapso prescricional da pretensão executória não restou ultrapassado, uma vez que teve início somente quando operado o trânsito em julgado do v. acórdão para a acusação e a defesa. É que somente a partir desse momento é que as penas cominadas ao réu se tomaram executáveis, em obediência ao princípio constitucional da presunção de inocência, conforme hermenêutica então adotada pelo STF.

**Antes desse marco temporal, enquanto não ultrapassados os julgamentos de todos os recursos interpostos pelas partes, não se pode cogitar da execução da sanção penal, porque ainda não se podia ter**

como certa e definitiva a condenação dos réus. Nesse interregno de tempo corre o prazo da prescrição da pretensão punitiva e não executória. A pretensão executória do Estado só passa a existir quando o título condenatório e a respectiva sanção penal passam a existir e tal ocorre com o trânsito em julgado da decisão, o que a torna definitiva, imutável e executável.

Assim sendo, conclui-se que os fatos delituosos não foram atingidos pelo fenômeno da prescrição executória, subsistindo, em favor do Estado, o direito de punir e executar a pena cominada à condenada.

Por todo o exposto, dou provimento ao agravo do Ministério Público Federal para reformar a decisão recorrida, uma vez que não ocorreu a prescrição da pretensão executória, determinando o regular prosseguimento da execução penal.

É o voto.

A solução sobre a controvérsia **não é uníssona**, tanto que o Supremo Tribunal Federal submeteu ao regime de repercussão geral o julgamento do **ARE n. 848.107/DF**, da relatoria do Ministro **Dias Toffoli**, ainda pendente de julgamento, para se pronunciar a respeito do marco inicial da prescrição da pretensão executória, **se do trânsito em julgado para o Ministério Público ou se para ambas as partes**.

Contudo, no âmbito infraconstitucional, prevalece neste Superior Tribunal o entendimento de que:

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

[...]

(AgRg no RCD na PET no HC n. 449.842/SP, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 10/10/2018).

Não olvido que a prescrição é verdadeira penalidade ante o desinteresse/inércia no exercício de um direito em tempo razoável. Mas, em que pesem as considerações do acórdão recorrido, o legislador optou por não fazer mudanças na redação do art. 122, I, do CP. Por isso, permanece nesta Corte a interpretação literal da lei federal pois não houve declaração de sua inconstitucionalidade (v.g.: **RHC n. 89.948/RS**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 25/6/2019; AgRg no **RHC n. 107.738/SE**,

Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 23/5/2019; **EDcl no AgRg no REsp n. 1.706.916/MG**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 29/4/2019).

*In casu*, o recorrente foi condenado a 1 ano de reclusão, que nos termos do art. 109, V, do Código Penal, prescreve em 4 anos. No entanto, pelo fato de que o réu era, à época dos fatos, menor de 21 anos, referido lapso temporal se reduz pela metade, ou seja, 2 anos, conforme o art. 115 do Código Penal.

Segundo o art. 112 do Código Penal, conta-se o termo inicial da prescrição, após a sentença condenatória irrecorrível, "**do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação**", o que, no presente caso, **aconteceu no dia 19/5/2015** (fl. 68). Diferentemente, portanto, do entendimento firmado pelo acórdão recorrido, que iniciou a contagem do prazo a partir do trânsito em julgado para a defesa.

Desse modo, como consignado na decisão primeva, tendo ocorrido o trânsito em julgado da condenação para a acusação em **19/5/2015 e não havendo a prisão do recorrente até aquela data (em que proferida a decisão do Juízo da Execução Penal, 23/5/2017, fls. 68/70)**, verifica-se o transcurso de prazo superior a 2 anos, ou seja, a ocorrência da prescrição executória da pena.

## **II. Dispositivo**

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 34, XVIII, "c", parte final, do RISTJ, **dou provimento ao recurso especial para declarar extinta a punibilidade do recorrente pela prescrição da pretensão executória.**

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
Relator