

## VOTO VOGAL

**O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES:** em síntese, trata-se de agravo de instrumento interposto de decisão que não admitiu recurso extraordinário (art. 102, III, *a*, da Constituição Federal).

O recorrente, ora agravado, alega violado o art. 5º, *caput*, XLVI e LVII, da Carta Magna.

Consta dos autos que Edmundo Alves de Souza Neto foi condenado, em 05/03/1999, pela prática dos crimes previstos nos arts. 121, § 3º (três vezes) e 129, § 6º (três vezes), *c/c* o art. 70, ambos do Código Penal, à uma pena de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de detenção e multa, em regime semiaberto.

A defesa interpôs recurso de apelação para o tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, em acórdão publicado **em 26/10/2019**, manteve a condenação do apelante, apenas excluindo o pagamento de honorários advocatícios aos assistentes da acusação.

No recurso extraordinário, alegou-se violação aos princípios da presunção da inocência e da isonomia e da individualização da pena.

Por meio das Petições nºs 21.278/2010 e 21.645/2010, o recorrente, ora agravado, postulou a declaração da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal.

O Ministro Joaquim Barbosa, então Relator destes autos, reconheceu, **em 09/09/2011**, extinta a punibilidade de Edmundo Alves de Souza Neto, em decorrência da prescrição da pretensão punitiva, com base nos arts. 107, IV, e 109, IV, ambos do Código Penal, e julgou prejudicado o recurso de agravo de instrumento em decisão assim fundamentada:

*“O ora agravante foi condenado à pena de 03 (três) anos de detenção, aumentada de metade em razão do concurso de crimes, totalizando 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de detenção.*

*Na hipótese em exame, a prescrição regula-se pela pena aplicada (art. 110, § 1º, do Código Penal) e, de acordo com o art. 119 do Código Penal e com a Súmula 497 desta Corte, deve ser calculada isoladamente, desconsiderando-se o aumento referente ao concurso. No presente caso, portanto, o prazo prescricional é de 08 (oito) anos (art. 109, IV, do Código Penal).*

*Ao proceder ao exame dos autos, constato que já transcorreram mais de 08 (oito) anos entre a última causa interruptiva qual seja, a publicação da sentença condenatória recorrível e a data de hoje.*

*Vejamos. Como anteriormente mencionado, a sentença condenatória foi publicada em cartório em 05.03.1999 e no Diário Oficial em 11.03.1999, data em que se deu a interposição da apelação. O julgamento da apelação data de 05.10.1999 e o acórdão foi publicado em 26.10.1999. Houve interposição de recursos especial e extraordinário, sendo que o especial foi admitido e o extraordinário foi inadmitido, o que deu origem ao agravo de instrumento.*

*No Superior Tribunal de Justiça, o recurso especial transitou em julgado em 17.02.2010. O agravo de instrumento interposto contra a inadmissão do recurso extraordinário foi remetido a esta Corte pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em 24.03.2010 e a mim conclusos em 26.04.2010.*

*Ainda que se considerasse o acórdão que confirmou a condenação como marco interruptivo, mesmo assim teria se operado a prescrição em 25.10.2007, antes mesmo, portanto, do protocolo do presente recurso nesta Corte, pois a publicação do acórdão recorrido deu-se em 26.10.1999 (fls. 48) e não houve interposição de recurso por parte do Ministério Público.*

*Deu-se, assim, a extinção da punibilidade do agravante, no que se refere aos delitos em questão, pela prescrição intercorrente ou superveniente, por já se ter consumado o lapso prescricional acima mencionado.”*

Dessa decisão, sobreveio recurso de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal.

### **É o Relatório.**

Entendo, com a devida vênia, assistir razão ao Ministro Joaquim Barbosa quando declarou a extinção da punibilidade de Edmundo Alves de Souza Neto.

Com efeito, este Tribunal, até o julgamento do HC 84.078, de Relatoria do Ministro Eros Grau e ocorrido em 05/02/2009 , admitia a execução provisória da pena e, por isso, considerava, como marco inicial do prazo de contagem da prescrição executória, o trânsito em julgado para a acusação, conforme se pode extrair do seguinte julgado:

*“PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. CP, ART. 110, CAPUT, C/C O ART. 112, I.*

*I. - Pena de 5 (cinco) meses de detenção: prescrição em 2 (dois) anos (CP, art. 109, VI). A prescrição da pretensão executória iniciou-se na data do trânsito em julgado para a acusação (28.02.94). Como ainda não teve início o cumprimento da pena - a causa interruptiva (CP, art. 117, V) - ocorreu a prescrição da pretensão executória.*

*II.-H.C.deferido.” (HC 74141, Relator Ministro CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 10/09/1996)*

A partir do julgamento do HC 84.078, em 05/02/2009 , operou-se a mudança de entendimento desta Corte que passou a considerar inconstitucional a execução provisória da pena e, em consequência disso, só com o trânsito em julgado para ambas as partes passou a ser possível a execução da condenação criminal, e, por isso, a partir desse julgamento o marco inicial da contagem do prazo para prescrição da pretensão executória passou a ser o trânsito definitivo do julgado. Nesse sentido, confira-se:

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

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

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

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

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

5. *Agravo regimental desprovido.*” (HC 107710 AgR, Relator: Ministro ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/06/2015)

No caso, todavia, não há como se aplicar o novo entendimento, com a devida vênia do eminente Relator, para se reformar a decisão do anterior relator do feito, Ministro Joaquim Barbosa, que corretamente reconheceu a prescrição. Isso porque a prescrição da pretensão executória da pena se operou antes do julgamento do HC 84.078 que proibiu a execução provisória da pena.

De acordo com o entendimento desta Corte que vigia à época e conforme está na decisão do então Relator, Ministro Joaquim Barbosa, onde corretamente se asseverou que “ a publicação do acórdão recorrido deu-se em 26.10.1999 (fls. 48) e não houve interposição de recurso por parte do Ministério Público” , bem antes do julgamento do HC 84.078 **em 05/02/2009** , **já havia decorrido o prazo de 8 anos para a consumação da prescrição da pretensão executória**, nos termos do entendimento que vigorava nesta Corte naquela época , o qual admitida a execução provisória da condenação e, em consequência, reconhecia a fluência do prazo prescricional após o trânsito em julgado para acusação.

**O atual entendimento expressado pelo Relator, com a devida vênia, não se aplica aos fatos destes autos onde a prescrição se consumou antes do julgamento do HC 84.078** , em 05/02/2009, que ao mudar o entendimento desta Corte, vedando a execução provisória da pena, modificou em consequência o termo *a quo* de contagem do prazo da prescrição executória da pena, mudando essa que não alcançou a situação prescricional do recorrido toda ocorrida antes dela.

### **Dispositivo**

Em face do exposto, peço vênia ao Ministro Relator **para, nos termos do meu voto, negar provimento ao presente agravo regimental e, mantida a decisão proferida pelo Ministro Joaquim Barbosa, declarar extinta a punibilidade do agravado (Edmundo Alves de Souza Neto), em razão da ocorrência, no caso, da prescrição.**

É como voto .

*Plenário Virtual - minuta de voto - 09/04/21 00:00*