

VOTO

O Senhor Ministro Luís Roberto Barroso (Relator):

1. Conforme restou comprovado nos autos, o réu cometeu na direção de veículo automotor, em **02.12.1995** , três homicídios culposos e três lesões corporais culposas. Por essa razão, foi condenado, em **05.03.1999** , à pena de quatro anos e seis meses de detenção e multa, em regime inicial semiaberto. Em **05.10.1999** foi provida parcialmente a apelação interposta perante o TJ /RJ, apenas para excluir o pagamento de honorários advocatícios dos assistentes de acusação.

2. Após a interposição de inúmeros recursos, em **09.09.2011** , antes de apreciar o mérito do agravo de instrumento voltado contra a decisão que inadmitiu o recurso extraordinário, o anterior Relator, Ministro Joaquim Barbosa, declarou a prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade intercorrente, uma vez que teria decorrido o prazo de oito anos antes mesmo da chegada do recurso extraordinário a esta Corte.

3. Considerando a jurisprudência desta Corte examinada adiante – no sentido de que a decisão, tomada pelo Tribunal *a quo* , de inadmissibilidade do recurso extraordinário não obsta o trânsito em julgado da condenação –, antes de examinar a ocorrência ou não de prescrição é preciso decidir sobre a admissibilidade ou não do recurso extraordinário. É o que passo a fazer.

4. O recurso extraordinário versa exclusivamente sobre a dosimetria da pena: o recorrente afirma, em caráter textual, que não pretende rediscutir a sua condenação, conforme fls. 93, mas apenas o *quantum* da pena privativa de liberdade fixada e a possibilidade de sua substituição por pena restritiva de direitos. O recorrente se volta, em particular, contra os seguintes elementos, considerados na primeira fase da aplicação da pena:

(i) Embora tecnicamente primário, o réu registraria anotação por delito de discriminação ou preconceito (Lei nº 7.716/1989, art. 20), não havendo, porém, esclarecimento quanto a denúncia ou condenação – o que ofenderia o princípio da presunção de inocência;

(ii) *Bis in idem* na consideração da culpa exclusiva do réu no evento criminoso;

(iii) *Bis in idem* na consideração da imprudência na primeira fase, quando ela já seria elemento do tipo de homicídio culposo;

(iv) Ofenderia os princípios da razoabilidade e da isonomia considerar a personalidade social do réu, inclusive como um jogador de futebol conhecido, a partir de reportagens jornalísticas;

(v) A culpa consciente não ensejaria a majoração da pena, pois “ *a culpa inconsciente é muito mais danosa e perigosa do que a consciente* ” (fls. 112);

(vi) O sofrimento dos familiares das vítimas e o uso irresponsável do automóvel, com elevadíssimos danos, não poderiam ser considerados porque a morte seria elemento do tipo e a pluralidade de vítimas só poderia ser computada no momento do aumento de pena pelo concurso formal;

(vii) O Juízo de primeiro grau teria tentado se substituir ao legislador – para corrigir erros no direito positivo, ter-se-ia agravado uma pena a fim de aproximá-la do que supunha ser mais adequado;

(viii) Não teria lastro probatório a afirmação de que o recorrente e seu amigo Marckson teriam engendrado uma mentira – Marckson estaria dirigindo o veículo – para livrar o ora recorrente do escândalo policial e de suas responsabilidades.

5. Ademais, alega-se que não se teriam sido observados os requisitos legais para a substituição da pena corporal pela restritiva de direitos.

6. De início, observo que a dosimetria da pena e as condições que autorizam a substituição da privação da liberdade pela restrição de direitos não são matérias que admitem larga revisão pelo recurso extraordinário; em geral, cuida-se da interpretação do direito ordinário e dos fatos debatidos nos autos – questões que refogem ao escopo deste recurso. Por isso, não surpreende que a maior parte dos extraordinários e agravos que subiram à Corte para discutir dosimetria não obteve sucesso (ARE 682.009 AgR-segundo/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; ARE 784.966-AgR/PA, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia; ARE 744.249-AgR-segundo/SP, Rel. Min. Marco Aurélio; ARE 742.871-AgR/MG, Rel.^a Min.^a Rosa Weber; ARE 690.154 AgR-ED-ED/MG, Rel. Min. Luiz Fux). Dessa forma, são excepcionais as circunstâncias que admitem a revisão da dosimetria nesta sede extraordinária.

7. Seja como for, creio que nem mesmo seja necessário enfrentar esse problema no caso concreto. Não é difícil demonstrar o ponto.

8. Em sede de apelação, o recorrente sustentou a ausência de fundamentação da sentença quando da fixação da pena-base acima do mínimo legal e da negativa de substituição da pena corporal pela restrição de direitos. Antes de examinar a questão, o Tribunal *a quo* transcreveu o trecho em que a sentença de primeiro grau indica as **15 (quinze) circunstâncias** que, no entendimento do Juízo, justificariam a fixação da pena-base no máximo legal de 3 (três) anos (CP, art. 121, § 3º). Na sequência, o Tribunal reapreciou a matéria, tendo destacado o eminente Relator, Desembargador Eduardo Mayr:

“Na verdade, as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao apelante. Quanto à culpabilidade, há que se lembrar que pouco antes do fatídico acidente, estando o apelante na condução do “Cherokee”, chegou a ser advertido por uma das jovens que o acompanhavam, sobre a possibilidade de ocorrer um desastre, tendo respondido – “é ruim de eu bater com essa porra”. Culpa consciente, previsibilidade. Antecedentes, condutas todas elas lastimáveis. Conduta social degradada, não tendo sua defesa trazido uma linha publicada, em documento que fosse, que transmitisse a impressão de o apelante obrar com ética, com generosidade, ou destacando algum ponto positivo de seu caráter. Afirmou-o “bom pai de família”. Qual família, quais filhos, qual assistência aos seus, com a segurança do lar e a presença paterna? No caso dos autos tem-se o apelante participado de uma noitada em bares e boates da moda, acompanhado qual D. Pedro de seu “Chalça”, apto a inclusive assumir a responsabilidade por seus desvios. Ausentes, felizmente, ao evento, sua esposa e filha legítimas. Quanto à sua personalidade, conceito metajurídico, a fotografia social que se tem do apelante, a quem parece orgulhar o epíteto pelo qual é conhecido, “Animal”, os numerosos episódios de sua vida pessoal e moral, o desabonam, podendo ser destacados valores não-cristãos como o deboche, a violência e o desrespeito, tal como destacado pelo julgador monocrático o que exsurge da sua cronologia sócio-ético publicada pelo jornal “O Globo” a fls. 875, e fatos consequentes, parecendo ser sua mais recente estripulia o embebedamento de um macaco do Circo Garcia, consoante notícias de conhecimento comum e comentários desprezíveis a time carioca, após a vitória do seu. Quanto às circunstância e consequências do crime, nada há que pudesse informar uma conscientização da tragédia que causou, uma fagulha de arrependimento ou tristeza, tendo à primeira hora tentado fugir da responsabilidade, incentivando maus exemplos e criando mal-estares. Tem-se que três pessoas perderam a vida e outras tanto ficaram lesionadas, todas jovens e esperançosas de vida, orgulho e expectativa de suas famílias e da Nação.

Indagar-se-ia, veramente, quais as circunstâncias, judiciais ou legais, que poderiam eventualmente ser trazidas, por qualquer forma, em abono do apelante, que não a constatação de ser detentor de um dom, inato, para o futebol, sendo um dos atletas mais prendados e exímios neste esporte nacional – o que também irá esmaecer um dia.

As circunstâncias judiciais são altamente desfavoráveis ao apelante, e a doutrina e a jurisprudência são assentes no sentido de considerar a necessidade de avaliar-se o caráter pragmático e didático da substituição da pena privativa de liberdade por outra, de caráter alternativo .

O apelante não tem mérito para beneficiar-se com qualquer substituição da pena, não se podendo vislumbrar um ponto positivo ante ou post factum que o justifique.”

9. Essa passagem é a fundamentação empregada pelo acórdão recorrido para justificar a dosimetria aplicada. Estranhamente, porém, ela não foi impugnada pelo recurso extraordinário; este se limita a questionar os fundamentos da sentença de primeiro grau – que, no entanto, foi substituída pelo acórdão da apelação (CPC, art. 512). De todos os pontos questionados da sentença, o único que parece ter sido reproduzido no acórdão é a culpa consciente – e sua valoração, para fins de dosimetria, esbarraria no óbice da Súmula 279/STF (revisão de fatos e provas). Quanto aos demais fundamentos, o recurso tampouco poderia ser conhecido por desatender a um requisito de admissibilidade bastante elementar: a impugnação do ato recorrido (CPC, art. 541, III).

10. Não fossem suficientes, os pontos questionados no recurso extraordinário não alcançam todos os fundamentos invocados, seja pela sentença, seja pelo acórdão, para motivar a exacerbação da pena-base. Ao contrário, há diversos outros elementos que, atinentes “ *à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima* ” (CP, art. 59), seriam suficientes para justificar a conclusão apurada na primeira fase da dosimetria. Note-se bem: não se afirma se está correto, ou não, fixar a pena-base no mesmo patamar definido na origem – porque, para isso, precisaria conhecer do recurso –, mas apenas se destaca que o acórdão recorrido (e a sentença de primeiro grau) dispõem de fundamentos autônomos, para além dos que foram impugnados, o que também conduz à inadmissibilidade do recurso extraordinário. Assim, tomando como certos os fatos narrados pelo

Tribunal de origem e presumindo que foi correta a aplicação do direito ordinário, o que se tem é um elenco impressionante de elementos aptos a serem considerados na primeira fase da dosimetria.

11. No caso, ademais, o recorrente foi condenado em primeira instância, em conclusão que restou confirmada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e pelo Superior Tribunal de Justiça. Contando-se a apelação e este agravo de instrumento, foram interpostos nada menos que **8 (oito) recursos** pela defesa, sendo **5 (cinco)** deles só no âmbito do STJ. Parece-me bastante improvável que alguém tenha sido prejudicado quando o nosso sistema processual, tão generoso, lhe ofereceu tantas possibilidades de revisão do julgado.

12. Por essas razões, **inadmito o recurso extraordinário** .

13. Não sendo conhecido o recurso, examino a ocorrência da prescrição, que é objeto do agravo regimental.

14. A prescrição da pretensão punitiva pode ser conceituada como o limite temporal para o poder-dever estatal de aplicar uma sanção penal em termos definitivos. Incide essa modalidade de prescrição, em outras palavras, até a formação do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

15. Como se sabe, a coisa julgada forma-se após não ser mais cabível a modificação do título judicial por meio da via recursal. Entretanto, o recurso inadmissível não obsta a constituição do trânsito em julgado, que, assim, se opera após o esgotamento do prazo recursal cabível.

16. Desse modo, interposto recurso inadmitido, por intempestividade, descabimento ou qualquer outra hipótese que gera o seu não conhecimento, como no caso, o título judicial torna-se imutável, não podendo servir para obstar a chamada coisa julgada. A jurisprudência desta Corte é pacífica em considerar o trânsito em julgado, para fins de contagem da prescrição da pretensão punitiva, quando do esgotamento do prazo para interposição do recurso cabível. Citem-se como exemplos os seguintes julgados:

“Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Mero inconformismo do recorrente, que objetiva sua absolvição mediante o revolvimento fático-probatório. Incidência do Enunciado 279 da Súmula do STF. 3. Pedido da defesa de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. 4. Interposição de recursos especial e extraordinário, que não foram admitidos na origem, ante a ausência dos pressupostos de admissibilidade. 5. Segundo precedente firmado com o julgamento do HC 86.125/SP, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 2.9.2005, os recursos especial e extraordinário só obstam a formação da coisa julgada quando admissíveis. 6. Reconhecido que o recurso extraordinário não preenchia minimamente os pressupostos especiais de admissibilidade, os efeitos desse reconhecimento devem retroagir. Início da fase da prescrição executória. 7. Agravo regimental a que se nega provimento.” (ARE 785693 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado)

“Agravo regimental no agravo de instrumento. Matéria criminal. Aplicação do § 4º do art. 24 da Lei nº 8.038/90. Recursos especial e extraordinário não admitidos na origem. Inaplicabilidade. Precedentes. Reapreciação de fatos e provas. Enunciado da Súmula nº 279 da Corte. Precedentes. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Desnecessidade de o órgão julgante se manifestar sobre todos os argumentos de defesa apresentados. Fundamentação calcada em razões suficientes para a formação do convencimento. Reafirmação da jurisprudência em sede de repercussão geral reconhecida. Precedente. Alegada prescrição da pretensão punitiva estatal. Matéria de ordem pública, que pode ser arguida e reconhecida a qualquer tempo. Artigo 61 do Código de Processo Penal. Não ocorrência. **Trânsito em julgado que se aperfeiçoou em momento anterior. Não obstam a formação da coisa julgada os recursos especial e extraordinário indeferidos na origem por inadmissibilidade. Precedentes de ambas as Turmas. Recurso manifestamente protelatório. Agravo não provido. Baixa imediata dos autos ao juízo de origem. Precedentes.** 1. Segundo a consolidada jurisprudência da Corte, a regra do § 4º do art. 24 da Lei nº 8.038/90, que impõe o julgamento prévio do recurso especial, somente se aplica quando os recursos especial e extraordinário forem ambos admitidos, o que não ocorreu na espécie. 2. Não é possível, em sede de recurso extraordinário, reexaminar fatos e provas a teor do que dispõe a Súmula nº 279/STF. 3. A jurisdição foi prestada, na espécie, mediante decisão suficientemente motivada, não obstante contrária à pretensão do recorrente, tendo o Tribunal de origem, como se observa no julgado proferido, explicitado suas razões de decidir. 4. O art. 93, inciso IX, da Constituição não determina que o órgão julgante se manifeste sobre todos os argumentos de defesa apresentados, mas, sim, que ele explicita as razões que entendeu suficientes à formação de

seu convencimento. 5. Ao reconhecer a repercussão geral desse tema, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reafirmou essa orientação (AI nº 791.292/PE-RG-QO, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 13/8/10). 6. **A prescrição em direito penal, em qualquer de suas modalidades, é matéria de ordem pública e, por isso, pode ser arguida e reconhecida a qualquer tempo (art. 61 do Código de Processo Penal).** 7. **Na espécie, diante da jurisprudência da Corte, preconizada no sentido de que “recursos especial e extraordinário indeferidos na origem, porque inadmissíveis, em decisões mantidas pelo STF e pelo STJ, não têm o condão de empecer a formação da coisa julgada.** 3. **HC indeferido” (HC nº 86.125/SP, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 2/9/05), o trânsito em julgado da condenação se aperfeiçoou em momento anterior à data limite para a consumação da prescrição, considerada a pena em concreto aplicada.** 8. Agravo regimental não provido. 9. Baixa imediata dos autos ao juízo de origem, independentemente da publicação do acórdão, tendo em vista o caráter manifestamente protelatório dos recursos.(AI 856.869-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIMINAL COM AGRAVO. PENAL MILITAR. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 287 DO STF. PEDIDO DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO, PARA RECONHECER A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PRESCRIÇÃO NÃO VERIFICADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. DETERMINAÇÃO DE BAIXA IMEDIATA DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM. I – O recorrente deixou de atacar os fundamentos da decisão agravada, limitando-se a suscitar a prescrição da pretensão punitiva. Inviável, portanto, o agravo regimental, a teor da Súmula 287 do STF. Precedentes. II – **O entendimento desta Corte fixou-se no sentido de que recursos extraordinário e especial indeferidos na origem, por inadmissíveis, em decisões mantidas pelo STF e STJ, não têm o condão de impedir a formação da coisa julgada, que deverá retroagir à data do término daquele prazo recursal. Precedentes.** III – Com o advento da coisa julgada, tem início a contagem do prazo prescricional da pretensão executória da pena privativa de liberdade, que, nos termos da alínea a do § 1º do art. 126 Código Penal Militar, é o dia em que passa em julgado a sentença condenatória. IV – Entre a data do trânsito em julgado da condenação e os dias atuais não transcorreu período superior a 1 ano, tempo necessário para que execução da reprimenda imposta ao recorrente estivesse obstada pela prescrição. V – Agravo regimental não conhecido e indeferido o pedido de habeas corpus de ofício, com a determinação da imediata baixa dos autos à origem, para que se adotem as medidas cabíveis e próprias da fase de execução da pena, independentemente da

publicação desse acórdão.(ARE 723590 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma)

“DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* . NÃO CONHECIMENTO. WRIT IMPETRADO NO STJ EM FACE DE DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE FATOS OU ARGUMENTOS NOVOS CAPAZES DE INFIRMAR OS TERMOS DO ACÓRDÃO VERGASTADO. MÉRITO. CONCUSSÃO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. UTILIZAÇÃO DE INSTRUMENTOS PROCESSUAIS COMO ATITUDE MERAMENTE PROCRASTINATÓRIA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. O *habeas corpus* não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado, por não se admitir esse remédio constitucional como sucedâneo de Revisão Criminal. Precedentes: HC 97058, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011; HC 94073, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 09/11/2010. 2. A interposição de recursos especial e extraordinário somente tem o condão de obstar a formação da coisa julgada em caso de juízo positivo de admissibilidade. 3. A prescrição objeto do *meritum causae* não se vislumbra no caso *sub examine* . 4. É que, *in casu* , a pena aplicada ao paciente, ora Recorrente, foi de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto, bem como ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, pela prática do delito de concussão (CP, art. 316), de sorte que o prazo prescricional seria de 12 anos, nos termos do art. 109, III, do CP. 5. No julgamento dos embargos de declaração no AI nº 759450/RJ, a Rel. Min. Ellen Gracie examinou detidamente a questão relativa à prescrição, nos seguintes termos: “ *in casu* , o acórdão condenatório qualifica-se como causa interruptiva da prescrição, pois equipara-se, para tanto, à sentença condenatória recorrível. Desse modo, não houve consumação da prescrição da pretensão punitiva, visto não ter transcorrido lapso temporal superior a 12 (doze) anos, quer entre a prática dos delitos (setembro de 1986) e a data de recebimento da denúncia (09.03.1995), quer entre esta e a sentença penal recorrível (15.08.1997), quer ainda entre esta e o acórdão condenatório (22.04.2002), nem, tampouco, entre este e a presente data.”.. 6. **É cediço na Corte que os recursos extraordinário e especial somente impedem a formação da *res iudicata* em caso de juízo positivo de admissibilidade.** Neste sentido, os precedentes da Corte: “Habeas corpus. 2. Militar. Furto de celular. Condenação. Apelação. 3. Interposição de recurso extraordinário, que não foi admitido na origem, ante a ausência dos pressupostos de admissibilidade (não demonstrados repercussão geral e prequestionamento das questões discutidas). Certificação do trânsito

em julgado para a defesa. 4. Pedido da defesa de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. 5. Segundo precedente firmado com o julgamento do HC 86.125/SP, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 2.9.2005, os recursos especial e extraordinário só obstem a formação da coisa julgada quando admissíveis. 6. Reconhecido que o recurso extraordinário não preenchia minimamente os pressupostos especiais de admissibilidade, os efeitos desse reconhecimento devem retroagir. Início da fase da prescrição executória. 6. Ordem denegada. (HC nº 113559, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Dje 05.02.2013)”. “HABEAS CORPUS. PRESCRIÇÃO PENAL. PRETENSÃO PUNITIVA. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO INDEFERIDOS. AGRAVOS IMPROVIDOS. 1. Não tendo fluído o prazo de dois anos (CP, art. 109, VI) entre os vários marcos interruptivos (data do crime, recebimento da denúncia e sentença condenatória recorrível) e sobrevindo acórdão confirmatório da condenação, antes do decurso do período fixado em lei, está exaurida a chamada prescrição da pretensão punitiva. 2. Recursos especial e extraordinário indeferidos na origem, porque inadmissíveis, em decisões mantidas pelo STF e pelo STJ, não têm o condão de empecer a formação da coisa julgada. 3. HC indeferido. (HC nº 86.125, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, Dj 02.09.2005)”. 7. Recurso Ordinário em Habeas corpus desprovido. (RHC 116038, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma)

“ *Habeas corpus* . 2. Militar. Furto de celular. Condenação. Apelação. 3. Interposição de recurso extraordinário, que não foi admitido na origem, ante a ausência dos pressupostos de admissibilidade (não demonstrados repercussão geral e prequestionamento das questões discutidas). Certificação do trânsito em julgado para a defesa. 4. Pedido da defesa de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. 5. Segundo precedente firmado com o julgamento do HC 86.125/SP, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 2.9.2005, **os recursos especial e extraordinário só obstem a formação da coisa julgada quando admissíveis.** 6. Reconhecido que o recurso extraordinário não preenchia minimamente os pressupostos especiais de admissibilidade, os efeitos desse reconhecimento devem retroagir. Início da fase da prescrição executória. 6. Ordem denegada. (HC 113559, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma)

“ *HABEAS CORPUS* . PRESCRIÇÃO PENAL. PRETENSÃO PUNITIVA. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO INDEFERIDOS. AGRAVOS IMPROVIDOS. 1. Não tendo fluído o prazo de dois anos (CP, art. 109, VI) entre os vários marcos interruptivos (data do crime, recebimento da denúncia e sentença condenatória recorrível) e sobrevindo acórdão confirmatório da condenação, antes do decurso do período fixado em lei, está exaurida a chamada prescrição da pretensão punitiva. **2. Recursos especial e**

extraordinário indeferidos na origem, porque inadmissíveis, em decisões mantidas pelo STF e pelo STJ, não têm o condão de empecer a formação da coisa julgada. 3. HC indeferido.(HC 86.125, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie, Segunda Turma)

17. Esse entendimento acabou acolhido expressamente na legislação, já que a Lei n. 13.964/2019 alterou o art. 116, III, do Código Penal, para prever que, antes de passar em julgado a sentença final, o prazo prescricional não corre “ *na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis*”.

18. Na espécie, não havendo sido conhecidos os recursos especial e extraordinário, ambos por versarem sobre matéria de fato, o trânsito em julgado operou-se após o esgotamento do prazo para interposição do recurso cabível contra o acórdão condenatório proferido pela instância ordinária. Vale dizer que o não conhecimento do recurso extraordinário foi reconhecido no primeiro juízo de admissibilidade exercido pela Vice-Presidência do TJ/RJ e nesta Corte por esta Relatoria.

19. O prazo prescricional regula-se pela pena em concreto, já que foi proferido decreto condenatório e não houve a interposição de recurso pela acusação. Mais que isso, da pena aplicada – 04 anos e 06 meses de detenção – deve ser deduzido o aumento referente ao concurso de crimes, a teor do art. 119 do Código Penal e do enunciado n. 497 da Súmula desta Corte, resultando no parâmetro de 03 anos de detenção, o que faz incidir o prazo de 08 anos de prescrição, tal como previsto no art. 109, IV, do Código Penal.

20. Considerando que entre a data do fato (02.12.1995), da sentença condenatória (05.03.1999) e do trânsito em julgado (15 dias após 26.10.1999), não transcorreu o referido prazo de oito anos, não se pode ter por consumado o lapso prescricional.

21. Registre-se que o agravo de instrumento interposto contra a inadmissão do recurso extraordinário foi remetido a esta Corte pelo TJ/RJ somente em 24.03.2010. Isso porque, contra o acórdão proferido no recurso especial, a defesa ingressou com embargos de declaração e, depois, com embargos de divergência, embargos de declaração, agravo regimental e

ainda outros embargos de declaração. Ou seja, é importante assinalar que o trânsito em julgado não pode depender da interposição sucessiva de diversos recursos tidos como protelatórios.

22. Afastada a prescrição da pretensão punitiva, cabe perquirir sobre a existência da prescrição da pretensão executória, que, de todo modo, geraria a extinção de punibilidade do condenado.

23. A prescrição é, repise-se, um limite temporal que ocorre em face da inação estatal, razão pela qual não se pode iniciar a contagem da prescrição enquanto não puder ser exercida a pretensão executória. Conforme destacado, o trânsito em julgado, para fins de contagem da prescrição da pretensão punitiva, deu-se após o esgotamento do prazo para a interposição do recurso admissível. Porém, para efeito da execução da pena, é necessário apreciar a admissibilidade do recurso extraordinário e julgar o seu mérito, quando superada a etapa do seu conhecimento. A execução da pena, por isso, é marcada pela declaração do trânsito em julgado para que o réu não seja surpreendido ao interpor os recursos especial e extraordinário antes que estes sejam definitivamente decididos. Portanto, somente se inicia a execução da pena após a declaração do trânsito em julgado, mesmo que este ocorra em momento anterior.

24. Somente se admitia falar em prescrição da pretensão executória após o trânsito em julgado para a acusação porque, a partir desse momento, era admitida a execução provisória da pena. Ocorre que, após o julgamento pelo Plenário desta Corte do HC n. 84.078, passou-se a não mais admitir a execução provisória da pena na pendência do recurso extraordinário e, com maior razão, do recurso de apelação.

25. Esse entendimento foi revertido no julgamento do HC 126.292 (Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 17.02.2016), depois confirmado no julgamento da ADC 43-MC e da ADC 44-C (Red. P/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 05.10.2016).

26. Finalmente, foi revertido novamente, quando do julgamento do mérito dessas ADCs, em 07.11.2019 (Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno), quando o Tribunal passou a exigir o trânsito em julgado da condenação para o início da execução da pena.

27. Portanto, o Ministério Público somente teve a oportunidade de executar a pena entre o julgamento do HC 126.192, em 17.02.2016, e a decisão proferida nas ADCs 43 e 44, em 07.11.2019. Somente nesse período é que se pode falar no curso da prescrição da pretensão executória.

28. Assim, penso que o princípio da presunção de inocência, tal como atualmente interpretado pelo Tribunal, deve repercutir no marco inicial da contagem da prescrição, originariamente regulado pelo art. 112, inc. I, do Código Penal. Do contrário, estar-se-ia punindo o estado pela inação quando não poderia agir, ou seja, a prescrição somente se aplica em caso de não ser exercida a tempo a pretensão executória estatal. Nessa linha, há precedentes desta Primeira Turma:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SÚMULA 699/STF. AGRAVO INTEMPESTIVO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. INOCORRÊNCIA. 1. O prazo para a interposição de agravo contra decisão denegatória de seguimento de recurso extraordinário em matéria criminal é de cinco dias (Súmula 699/STF). 2. Manejado o agravo após o quinquídio legal, consideradas as datas de publicação do juízo negativo de admissibilidade do recurso extraordinário e do protocolo da petição respectiva, manifesta sua intempestividade. 3. Não ocorre a prescrição da pretensão punitiva estatal nos casos em que o trânsito em julgado da condenação se consuma em data anterior ao manejo de recurso intempestivo. Recurso a destempo não previne o trânsito em julgado. 4. **A pretensão executória surge somente com trânsito em julgado da condenação criminal, conforme precedente do Plenário desta Suprema Corte no HC 84.078 (Rel. Min. Eros Grau, Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria, j. 05.02.2009), não se iniciando o prazo prescricional respectivo antes deste termo, consoante princípio da *actio nata*.** 5. Agravo regimental conhecido e não provido. (ARE 682.013 AgR, Rel.^a Min.^a Rosa Weber, Primeira Turma)

Ementa: 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, de minha relatoria, Primeira Turma, j. 09.06.2015)

29. Portanto, a norma prevista no art. 112, I, do Código Penal, deve ser reinterpretada à luz da interpretação atual sobre o princípio da presunção de inocência.

30. Por essas razões, provejo o agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal para negar provimento ao agravo de instrumento, mantendo a inadmissibilidade do recurso extraordinário e afastando a ocorrência da prescrição.

31. É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 09/06/2021 09:00