



**Indicação em regime de urgência n° 013/2022**

**Autor da Indicação:** Marcio Barandier

**Relatora:** Marcia Dinis

**Ementa: Parecer sobre o Tema n° 788 de Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal que trata do termo inicial para contagem do prazo da prescrição da pretensão executória da sentença penal condenatória**

## **1. Introdução:**

O Tema n° 788, cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) n° 848.107/DF, versa sobre o termo inicial para a contagem da prescrição da pretensão executória do Estado e possível inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do artigo 112, inciso I, do Código Penal.

O cerne da questão é a aferição se a norma do artigo 112, inciso I, do Código Penal, cuja redação foi dada pela Lei n° 7.209/1984, teria sido inteiramente recepcionada pela Constituição Federal de 1988, à luz de seu artigo 5°, incisos II e LVII.

Sustenta a Procuradoria-Geral da República no referido recurso que, como o Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento das ADCs n°s 43, 44 e 54, entende ser impossível a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o marco para o início da contagem da prescrição executória deveria ser o trânsito em julgado para acusação e defesa, e não apenas, como previsto no artigo 112, inciso I, do Código Penal, para a acusação.

O Relator do recurso, Ministro Dias Toffoli, em seu voto, apresentou a seguinte tese de repercussão geral:



"O prazo para a prescrição da execução da pena concretamente aplicada **somente começa a correr do dia em que a sentença condenatória transita em julgado para ambas as partes**, momento em que nasce para o Estado a pretensão executória da pena, conforme interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao princípio da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal) nas ADC 43, 44 e 54."

O artigo 112, inciso I, do Código Penal, foi instituído pela Lei nº 7.209/84 e dispõe, em termos literais, que a prescrição da pretensão executória começa a correr "*do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação*".

A Exposição de Motivos subscrita pelo então Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel<sup>1</sup> dispôs que o trânsito em julgado para a acusação como termo inicial de contagem do lapso prescricional executório foi uma opção expressa do legislador:

"99. Estatui o artigo 110 que, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória, a prescrição regula-se pela pena aplicada, verificando-se nos prazos fixados no artigo 109, os quais são aumentado de um terço, se o condenado é reincidente. O § 1º dispõe que a prescrição se regula pela pena aplicada, se transitada em julgado a sentença para a acusação ou improvido o recurso deste. Ainda que a norma pareça desnecessária, preferiu-se explicitá-la no texto, para dirimir de vez a dúvida alusiva à prescrição pela pena aplicada, não obstante o recurso da acusação, se este não foi provido. **A ausência de tal norma tem estimulado a interposição de recursos destinados a evitar tão-somente a prescrição. Manteve-se, por outro lado, a regra segundo a qual, transitada em julgado a sentença para a acusação, haja ou não recurso da defesa, a prescrição se regula pela pena concretizada na sentença.**"<sup>2</sup>

A acertada opção legislativa é facilmente explicável.

A regra permite ao réu o uso das faculdades recursais que a lei adjetiva lhe garante, sem que o exercício do direito fundamental<sup>3</sup> à ampla defesa lhe acarrete qualquer prejuízo.

---

<sup>1</sup> Exposição de Motivos nº 211.

<sup>2</sup> Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaodemotivos-148879-pl.html>

<sup>3</sup> JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia. Manual de Direito Penal: parte geral. 7 ed. Saraiva Educação, 2021 *apud* manifestação da D. Defensoria Pública da União.



A *ratio* dos artigos que disciplinam o instituto não tem relação com a necessidade de assegurar o *jus puniendi* do Estado e nem se restringe ao resguardo do indivíduo face a eventual inércia do aparato punitivo, mas se associa intrinsecamente à salvaguarda dos princípios do devido processo legal, do contraditório, da duração razoável do processo e da ampla defesa, por meio da proteção do direito ao recurso do réu.

Diversas são as razões pelas quais a tese central em julgamento no Tema nº 788 deve ser rejeitada, não havendo que se falar em não recepção da norma do artigo 112, inciso I, do Código Penal, pela Constituição da República de 1988.

## **2. Contexto: artigo 112, inciso I, CP; processo legislativo e *mens legis*; separação de poderes; controle pela via legislativa.**

Um dos fundamentos apresentados no voto do relator foi a suposta necessidade de compatibilização da norma insculpida no artigo 112, inciso I, do Código Penal com o entendimento estabelecido nas ADCs nºs 43, 44 e 54.

No entanto, à época da aprovação legislativa do dispositivo em comento, o ordenamento jurídico brasileiro já condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado. A Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), elaborada e aprovada concomitantemente à Lei nº 7.209/84, impôs o trânsito em julgado para que fossem executadas as penas restritivas de direitos e privativas de liberdade.

Tanto o Código Penal como a Lei de Execução Penal foram concebidas já sob a premissa da necessidade do trânsito em julgado para o início da execução, demonstrando a escolha consciente e legítima do legislador infraconstitucional.

Ademais, desde a promulgação da Constituição da República de 1988, as normas de prescrição previstas no Código Penal foram alteradas por três leis distintas (Leis nºs 9.268/96, 12.234/2010 e 12.650/12).



Nenhuma dessas leis modificou o texto do artigo 112, inciso I, o que evidencia que a redação do dispositivo continua sendo uma opção consciente do legislador, assim como o fora em 1984, quando não vinculou o instituto à caracterização da inércia do Estado, mas à garantia dos direitos constitucionais do jurisdicionado.

Este também é o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, que decidiu pela data do trânsito em julgado para a Acusação como termo inicial da prescrição da pretensão executória, visto que interpretação diversa contraria o texto legal em prejuízo do réu, ressaltando que a pretensão de “corrigir” o texto do artigo 112, inciso I, do Código Penal ofende o princípio da separação de poderes:

“(...) Prescrição da Pretensão Executória. Termo Inicial. Art. 112, I, do CP. Trânsito em Julgado para a Acusação. Inconstitucionalidade. Ausência. Estado Democrático de Direito. Separação de Poderes. Precedente Vinculante do STF. Inexistência. Extinção da Punibilidade. (...)”

1. **Segundo o art. 112, I, do CP, a prescrição da pretensão executória começa a correr "do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação (...)", regra clara, que não deixa espaço para interpretação diferente.** 2. **A previsão legal do termo inicial do prazo de prescrição da pretensão executória, estabelecida no art. 112, I, do CP, não apresenta inconstitucionalidade, tratando-se de legítima opção do legislador infraconstitucional, que pede prestígio ao Estado Democrático de Direito à Separação de Poderes.** (...)”

(STJ, AgRg no AgInt no AREsp 430.131/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 09/12/2020, DJe 18/12/2020) (Grifamos)

O princípio da separação dos poderes, consagrado no artigo 2º da Constituição da República, que lhe conferiu *status* de cláusula pétrea (artigo 60, §4º, inciso III, CRFB/88), determina a tripartição das funções do Estado entre os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo.

Promover uma alteração contrária à literalidade do texto legal pela via do Poder Judiciário - a quem segundo tripartição constitucional dos Poderes compete a função contramajoritária de interpretação das normas à luz da Constituição da República - constitui uma ofensa à separação dos poderes.

Os mecanismos de controle do Poder Judiciário não podem discricionariamente ultrapassar os limites intrínsecos à independência e harmonia entre



os poderes que a Constituição Federal estabelece, especialmente a título de um autoproclamado combate à impunidade e da pretensão de se fazer políticas públicas.

A escolha do trânsito em julgado para a acusação como termo inicial do prazo prescricional para execução da pena foi opção legítima e consciente do legislador infraconstitucional que, em reiteradas oportunidades desde a data de início de vigência do dispositivo e até a recente aprovação da Lei nº 13.964/19 (denominado pacote anticrime), deixou de propor alterações em seu teor, motivo pelo qual deve ser respeitada e aplicada a interpretação literal do artigo 112, inciso I, do Código Penal.

Qualquer alteração em contrariedade à literalidade do texto deveria ser promovida pela via Legislativa, dotada da legitimidade democrática derivada do poder do voto para fazê-lo.

### **3. Compatibilidade da literalidade do dispositivo com a Constituição da República: presunção de inocência; devido processo legal; legalidade estrita.**

O pretenso reconhecimento da inconstitucionalidade parcial, com redução de texto, do artigo 112, inciso I, do Código Penal, para supostamente adequá-lo à inteligência do artigo 5º, incisos II e LVII, contraria os princípios constitucionais da separação de poderes, a presunção de inocência e seus consectários lógicos, como o devido processo legal e a ampla defesa.

No Estado de Direito estabelecido pela Constituição da República, os instrumentos que restringem o exercício da força estatal devem ser observados como condição de legitimidade do *jus puniendi*.

A presunção de inocência é uma garantia política, além de uma regra probatória e de tratamento, que visa salvaguardar o jurisdicionado contra a indevida aplicação do poder punitivo. Conforme reconhecido pelo próprio STF, trata-se de “*um*



*escudo contra a punição prematura*<sup>4</sup>”, justamente a proteger o réu da pena injustamente imposta.

A regra da presunção de inocência tem como pressuposto justamente a proteção do acusado em face das possibilidades de arbítrio estatal. Como bem ensina a professora e Desembargadora Federal Simone Schreiber, “*a fixação do conteúdo da norma que consagra a presunção de inocência reflete uma tomada de posição sobre os fins que devem pautar a atividade do Estado no âmbito da persecução penal*”, consagrando “*um sistema punitivo em que a regra é a prevalência da liberdade sobre a atividade repressiva estatal*”<sup>5</sup>, ou seja, um modelo processual centrado nas garantias do acusado.

Como seria possível defender que o exercício de um direito fundamental do réu tenha como consequência a perda de outro, gerando indiretamente um aumento do poder punitivo? A impossibilidade de execução da pena não decorre apenas do manejo de recursos defensivos (todos sujeitos a exíguos prazos de interposição) e tampouco da amplitude da presunção de inocência, mas da notória morosidade do Poder Judiciário assoberbado com um alto número de demandas.

Não há necessidade de adequar o artigo 112, inciso I, do Código Penal à presunção de inocência, pois é exatamente isso que sua literalidade visa proteger. Qualquer interpretação diversa à sua literalidade implicaria alargamento do poder de punir do Estado em contrariedade ao texto legal e em prejuízo dos acusados.

Nas palavras do professor Geraldo Prado, “*o estado de direito tem nas regras do devido processo legal sua base jurídico-política, por meio da qual o exercício legítimo do monopólio da força tende a não se converter em arbítrio*”<sup>6</sup>. Assim, “*as garantias do*

---

<sup>4</sup> STF, AP 676, 1ªT, Rel. Min. Rosa Weber, 17/10/2017, Dje 06/02/2018

<sup>5</sup>SCHREIBER, Simone. O princípio da presunção de inocência. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 790, 1 set. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7198>. Acesso em: 11 abr. 2022.

<sup>6</sup> PRADO, Geraldo. *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. 1ª ed. São Paulo, Marcial Pons, 2019. p. 42/43.



*processo penal são garantias materiais dos direitos fundamentais*”<sup>7</sup>, não havendo que se falar em conformidade com a Constituição da República em qualquer situação de inovação interpretativa de normas penais *in malam partem*.

A conformidade ao princípio da legalidade, “*chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo*”, “*base estrutural do próprio estado de direito*” e “*pedra angular de todo direito penal que aspire à segurança jurídica*”<sup>8</sup>, também restringe a atuação estatal às hipóteses previstas em lei e impõe o necessário respeito à *lex stricta* do dispositivo.

Segundo Paulo Bonavides<sup>9</sup>, “*o princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes*”. Significa dizer que o princípio da legalidade garante que nenhum indivíduo pode sofrer intervenção do poder punitivo do Estado senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por ela prescritas.

O próprio fundamento de existência do direito penal e, por conseguinte, das normas sobre prescrição, é estabelecer limites ao poder de punir, sendo perfeitamente legítimo que o legislador adote a opção política de iniciar a contagem da prescrição executória a partir do trânsito em julgado para a acusação.

Essa é, repise-se, uma decisão política soberana do legislador, acerca da qual a Constituição da República não confere ao Poder Judiciário a competência para exercer qualquer juízo.

---

<sup>7</sup>Idem, *ibidem*.

<sup>8</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2017, pp. 65/67

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 112.





**4. Inadequação do argumento da isonomia processual e paridade de armas: ausência de lesão ao *jus puniendi*; direito de defesa; processo penal como punição.**

A Procuradoria-Geral da República busca readequar a interpretação da norma em comento sob os supostos fundamentos da paridade de armas e isonomia processual entre acusação e defesa. Entretanto, a paridade de armas é um princípio processual, não penal.

Normas sobre prescrição, por outro lado, pertencem ao ramo do direito penal material por excelência e estão sujeitas a regime principiológico absolutamente distinto. Por exemplo, ao passo que a interpretação extensiva das normas processuais é algo perfeitamente natural, a proibição de tal prática em desfavor do réu, em âmbito penal material, é questão basilar.

Normas processuais estão sujeitas ao princípio *tempus regit actum*, positivado no artigo 2º do Código de Processo Penal; a norma penal material, por outro lado, retroage e alcança até mesmo feitos transitados em julgado, caso benéfica ao réu. Não há, portanto, como falar em interpretação das normas penais materiais sob a égide de princípios tipicamente processuais.

Não obstante, ressalta-se que assumir um compromisso com a paridade de armas e com a isonomia processual significa “*assegurar que ambas as partes em conflito gozem dos mesmos meios de ataque e de defesa e da igualdade de armas para fazer valer suas alegações e meios de prova*”<sup>10</sup>.

No contexto processual penal, significa que acusação e defesa tenham as mesmas oportunidades e possibilidades de trazer ao Juízo hipóteses sobre o fato apurado (sendo relevante ressaltar, em regra, a hipossuficiência da defesa em face dos recursos da

---

<sup>10</sup> MORENO, Faustino Cordón. Las garantías constitucionales del proceso penal. 2. Ed., Navarra: Editorial Aranzadi, 2002, pp. 145/146, *apud* VIEIRA, Renato Stanzola, Idem.





Acusação no cenário do sistema de justiça criminal brasileiro), o que muito difere da ideia de assegurar o *direito* de punir ao órgão acusatório.

A função principal do processo não é a aplicação da pena, mas a preservação dos direitos do réu em face do exercício do poder punitivo do Estado. O processo é obstáculo necessário à aplicação da pena, capaz de dotá-la de legitimidade. Para Eugenio Pacelli, “*que o Estado deve mesmo buscar um modo de evitar a prescrição dos delitos não se questiona; mas o que não pode ser aceito sob hipótese alguma é a subversão das regras do jogo*”<sup>11</sup>.

Faz parte das regras do jogo que a Defesa do acusado tenha a possibilidade de recorrer das decisões que entender injustas, exercendo a ampla defesa dentro das balizas do devido processo legal, sem que disso decorra qualquer ônus – inclusive, o ônus de ver postergado o início da contagem do prazo prescricional da pretensão executória quando já estabelecido o teto da pena pelo trânsito em julgado para a Acusação.

Se a Constituição da República garante a ampla defesa com todos os meios a ela inerentes, censurar o acusado pelo exercício do direito à ampla defesa por meio da pretensão recursal, tratando-o como intencional causador da prescrição penal e restringindo a incidência da prescrição nesta hipótese afronta justamente a regra da presunção de inocência, da ampla defesa e os corolários delas decorrentes.

De igual forma, não há que se falar em lesão ao *jus puniendi*, visto que a expressão do poder sancionador do Estado não se concretiza apenas com a execução da pena, mas pela submissão do acusado ao próprio processo penal.

Dispensável discorrer sobre os princípios e garantias assegurados pelos limites temporais impostos ao Estado para o exercício de seu poder de processar e punir. Submeter-se às agruras de um processo penal, por si só, é uma penalidade dura e deixa sequelas irreparáveis.

---

<sup>11</sup> PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 294.



O processo criminal é uma pena *per se*, razão pela qual não se pode admitir que sua tramitação ou sua execução demore mais do que o tempo necessário, ofendendo a própria garantia à duração razoável do processo. Na lição de Aury Lopes Jr.:

“a questão da dilação indevida do processo também deve ser reconhecida quando o imputado está solto, pois ele pode estar livre do cárcere, mas não do estigma e da angústia. É inegável que a submissão ao processo penal autoriza a ingerência estatal sobre toda uma série de direitos fundamentais, para além da liberdade de locomoção, pois autoriza restrições sobre a livre disposição de bens, a privacidade das comunicações, a inviolabilidade do domicílio e da própria dignidade do réu. O caráter punitivo está calcado no tempo de submissão ao constrangimento estatal, e não apenas na questão espacial de estar intramuros”<sup>12</sup>.

A prescrição penal, hipótese de extinção da punibilidade prevista no artigo 107 do Código Penal, impede o Estado tão somente à medida que define prazos para o seu exercício a fim de impedir a demora injustificada na tramitação de processos por inoperância própria.

Decorrido o prazo estabelecido em Lei, a prescrição impõe que o Estado perca o seu direito de punir porque, em verdade, já o exerceu por meio da submissão do réu a intenso e prolongado sentimento de incerteza e angústia que enfrentar um processo penal traz. Se o prazo prescricional fluiu sem interrupções, significa que o autor não reincidiu, e, em última medida, foi ressocializado.

##### **5. A falsa ameaça da impunidade, direito à segurança e direito das vítimas.**

O aparente apelo da nova interpretação que o Ministério Público pleiteia ao artigo 112, inciso I, do Código Penal fundamenta-se na promessa de *eficácia* do sistema e do combate à impunidade, em homenagem ao suposto *direito fundamental* da sociedade à segurança e às *legítimas expectativas das vítimas* (cf. parecer da PGR).

---

<sup>12</sup> LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal, 15ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pg. 76/77.



O primeiro ponto a ser ressaltado é que a proposta interpretativa é específica para a pretensão da pretensão executória, não abarcando a prescrição da pretensão punitiva.

Tal observação é relevante, porque as premissas invocadas pela Procuradoria, ainda que digam pouco sobre prescrição, aduzem essencialmente a razões de política criminal que poderiam inclusive ser utilizadas como argumentos para restringir também a prescrição da pretensão punitiva.

Em seguida, cumpre questionar se os direitos elencados estão, efetivamente, sendo afetados pela atual redação do artigo em comento. Isso porque a disposição de sacrificar a interpretação literal do dispositivo, a qual, como visto, resguarda garantias fundamentais como a presunção de inocência e o direito à ampla defesa, a serviço de suposta *eficácia* da persecução criminal, parece em vão.

Diante de um conflito entre interpretações que visam a proteção de direitos fundamentais, necessário que seja feito um esforço de ponderação. Em contraposição à *eficácia* do sistema de justiça, ao *direito fundamental à segurança* e às *legítimas expectativas das vítimas* (frisa-se, todos aspectos cuja alegada relação com a interpretação literal do artigo 112, inciso I, do Código Penal é presumida para fins argumentativos) põe-se na balança princípios basilares constitucionais, como a segurança jurídica, o respeito à separação entre os poderes, a legalidade estrita e o devido processo legal.

Nesse contexto, algumas questões se colocam: a uma, se a demanda pela salvaguarda de direito fundamental é suficiente para fundamentar o acionamento do aparato penal estatal sem que haja previsão constitucional neste sentido; a duas, o critério a ser utilizado na ponderação, quando o artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos ao enumerar os critérios interpretativos, prevê o princípio *pro persona*, a partir do qual a interpretação dos direitos humanos deve ser sempre aquela mais favorável ao indivíduo, independentemente da matriz ou fonte normativa.



Como conclui Pierpaolo Cruz Bottini “a redução da impunidade não está atrelada ao enfraquecimento das garantias constitucionais. Ela passa pela racionalização do processo penal, pelo desenvolvimento de sistemas de inteligência policial, pelo cuidado das autoridades em evitar nulidades que atrasam a persecução. Existem várias formas de conferir eficiência ao sistema penal sem abrir mão dos preceitos e garantias construídos pelo tempo, que protegem o cidadão contra o arbítrio, contra o mau uso do *ius puniendi*”<sup>13</sup>.

## **6. Necessária preocupação com as consequências da novel interpretação pleiteada. Aumento do contingente carcerário.**

A mazela do hiperencarceramento agrava-se cada vez mais no Brasil. A população prisional brasileira experimentou incremento em 270% da população carcerária brasileira nos últimos quatorze anos<sup>14</sup>. Segundo dados do Monitor da Violência, os mais recentes em âmbito nacional, de junho de 2021, aproximadamente 682 mil<sup>15</sup> pessoas encontravam-se encarceradas e quando somadas aquelas em regime aberto ou carceragens (58,5 mil e 5 mil, respectivamente), o número chega a 746,8 mil pessoas. Já os dados do Banco Nacional de Mandados de Prisão em fevereiro de 2020 reportavam a existência de 862.292 presas no mesmo período. Em 2018, ainda, havia 143 mil mandados de prisão em aberto<sup>16</sup>.

O próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário em 2016<sup>17</sup>, diante de relatórios do Conselho

---

<sup>13</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *In* Consultor Jurídico: Deixem em paz o princípio da presunção de inocência, 2013.

<sup>14</sup> População carcerária brasileira cresceu 270% nos últimos catorze anos. Justificado. Disponível em <http://www.justificando.com/2016/04/26/populacao-carceraria-brasileira-cresceu-270-nos-ultimos-catorze-anos/>

<sup>15</sup> <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/com-322-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-brasil-se-mantem-na-26a-posicao-em-ranking-dos-paises-que-mais-prendem-no-mundo.ghtml>

<sup>16</sup> <https://oglobo.globo.com/brasil/cnj-revela-que-pais-tem-143-mil-mandados-de-prisao-em-aberto-22816955>

<sup>17</sup> Nas palavras do voto condutor, ““(i) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; (ii) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; (iii) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de



Nacional de Justiça e Departamento Penitenciário Nacional, que atestavam a tortura estrutural no cotidiano dos estabelecimentos prisionais, com racionamento de água, insalubridade oriunda da superlotação, ausência de fornecimento de itens de higiene e limpeza, vestimentas e camas, má iluminação e ventilação, não oferecimento de água potável, refeições de qualidade questionável e por vezes insuficiente – estas são apenas algumas das mazelas enfrentadas pelos internos<sup>18</sup>.

As violações recorrentes aos direitos humanos no sistema prisional brasileiro já foram diversas vezes reconhecidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>19</sup>.

Uma decorrência da adoção de um entendimento restritivo das hipóteses de incidência da prescrição seria o aumento da população carcerária. Em um cenário no qual o estado de coisas inconstitucional já foi reconhecido pela Suprema Corte, qualquer proposta cuja consequência seja um relevante aumento na população carcerária deve ter como contrapartida uma motivação embasada em dados de política criminal que justifiquem o agravamento da violação massiva e generalizada dos direitos fundamentais. Certamente não é o caso, quando o novo entendimento mobiliza conceitos genéricos como a suposta “impunidade” e a “defesa das vítimas, que não têm voz, e dos parentes das vítimas” para justificar a adoção do novo entendimento.

A adoção do entendimento proposto pelo *parquet* somente contribuiria para o agravamento deste lastimável estado de coisas inconstitucional, superlotando ainda mais as penitenciárias brasileiras. Pior ainda, faria isso com base em condenações antigas, cuja realidade fática já se transformou completamente desde a data do crime e que, rigorosamente, já deveriam estar prescritas. Ressalte-se que estamos falando, nesta

---

novas políticas, dentre outras medidas; e (iv) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário”. (STF, ADPF nº 374, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgado em 09/09/2015, Dje 19/02/2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>

<sup>18</sup> As informações constam em diversos relatórios e na própria decisão citada de forma indireta.

<sup>19</sup> A Corte inclusive deferiu diversas medidas provisionais, sabidamente cabíveis para casos excepcionais graves, urgentes, cujo risco de dano seja irreparável, como o foi nos casos da Penitenciária Urso Branco (entre 2002 e 2011), Penitenciária de Araraquara (2006-2008), Curado (2014) e Pedrinhas (2014), e mais recentemente, o Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (2016). Neste último precedente, a superlotação e as violações massivas de Direitos Humanos eram tão graves que a Comissão determinou que a pena fosse computada em dobro aos detentos submetidos àquelas condições.



hipótese, de indivíduos que não cometeram outros delitos; caso o tivessem, a prescrição seria interrompida por força do artigo 117, inciso VI<sup>20</sup> do Código Penal.

Qual o ganho para eficácia ou para a credibilidade da Justiça, ou ainda para o combate à “impunidade”, em lotarem-se as prisões brasileiras com condenações antigas? Ao revés, a punição tardia só serviria para descredibilizar ainda mais a Justiça, expondo a sua morosidade por inoperância do aparato estatal.

A realidade do sistema penitenciário nacional e do sistema de justiça criminal, ao revés, clama com urgência por uma política desencarceradora, que necessariamente deve passar pela construção de uma perspectiva que onde se permita prescindir da prisão, e na qual essa prescindibilidade não seja equivocadamente interpretada como suposta lesão ao *jus puniendi*, eis que a expressão do poder sancionador do Estado não se concretiza apenas com a execução da pena, mas se evidencia pela submissão do indivíduo a constrangimento por atividade estatal que se inicia ainda na fase de investigação.

**7. Incompatibilidade com outro entendimento do STF: prescrição intercorrente que se encerra após inadmissão de recursos excepcionais; possibilidade de estabelecimento de hiato processual sem qualquer contagem de prescrição.**

Um problema de ordem prática gerada pelo hipotético acolhimento da tese defendida pelo Ministro Dias Toffoli em seu voto sobre o Tema nº 788 seria sua flagrante incongruência com o entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal sobre o termo final de contagem da prescrição da pretensão punitiva intercorrente.

Entende a Corte Constitucional que, caso inadmitidos os recursos excepcionais interpostos contra decisões definitivas dos Tribunais de segundo grau, o marco do trânsito em julgado retroage à data da inadmissão na origem.

---

<sup>20</sup> Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:  
[...] VI - pela reincidência



É o que bem explica o excerto a seguir, extraído do voto condutor do acórdão do HC nº 86.125/SP, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal:

"2. Não custa lembrar, a propósito do tema em discussão, que o trânsito em julgado da condenação é marco divisório de duas espécies de prescrição. Com o trânsito em julgado termina a fase da pretensão punitiva. E tem início a fase da prescrição executória.

Mas o condenado pode, sim, impedir e obstar a formação da coisa julgada. Basta interpor recursos especial e extraordinário. Indeferidos, porque inadmissíveis, pode o condenado lançar mão dos agravos de instrumento. E até mesmo dos agravos regimentais, caso tenham o seguimento negado. Pode, ainda, manejar embargos de declaração. Porém, não pode ser olvidado que o recurso capaz de impedir a formação da coisa julgada é o recurso admissível. E, se o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça reconhecem a inadmissibilidade, confirmando o que foi decidido no juízo de admissibilidade, os efeitos desse reconhecimento retroagem."

(STF, HC nº 86.125/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª T., J. 16.08.2005)

Já o acolhimento da tese proposta pelo Ministro Dias Toffoli em seu voto significaria o início da contagem da prescrição da pretensão punitiva executória apenas a partir do julgamento do último recurso defensivo no Supremo Tribunal Federal.

A incongruência entre os dois entendimentos é flagrante, pois seria criado um enorme hiato (entre a decisão de inadmissão dos apelos excepcionais e o julgamento do hipotético do último agravo regimental) no qual simplesmente não haveria qualquer forma de prazo prescricional correndo.

Sem qualquer previsão legal, a decisão do Supremo Tribunal Federal criaria hipótese de suspensão dos prazos prescricionais, o que, por força do princípio da legalidade, somente o Congresso Nacional pode fazer. Também sob esse aspecto, a decisão violaria flagrantemente o artigo 5º, incisos II, XXXIX e XL, da Constituição Federal.





## **8. Modulação dos efeitos da decisão: segurança jurídica; natureza da norma de direito penal material; impossibilidade de retroatividade em prejuízo do réu.**

Ao ensejo das sustentações orais dos representantes das Defensorias Públicas da União, do Distrito Federal e do Estado do Rio de Janeiro na qualidade de *amici curiae*, o Excelentíssimo Relator do ARE nº 848107, Ministro Dias Toffoli, encerrou a Sessão Plenária do dia 24 de março de 2022 chamando a atenção para a possibilidade de se modular os efeitos da tese fixada para conferir segurança jurídica aos jurisdicionados.

Ressalvou o Ministro Toffoli que, caso prevaleça o entendimento externado em seu voto, este somente poderia ser adotado para casos futuros e não poderia retroagir às situações em que já incidiu a prescrição até o julgamento final do Tema de Repercussão Geral.

O artigo 112, inciso I do Código Penal está em vigor há quase 38 anos e engendrou uma legítima expectativa aos indivíduos de que suas condutas seriam orientadas pelos prazos ali definidos. Relações jurídicas estabelecidas sob a vigência de determinada interpretação sob ela devem ser reguladas, em respeito à boa-fé do jurisdicionado que depositou sua confiança no sistema judicial.

Uma mudança de entendimento representaria uma violação direta ao princípio da legalidade e uma ruptura hermenêutica que teria por consequência a quebra de confiança na ordem jurídica, apta a afetar diretamente a liberdade de escolha e orientação do indivíduo<sup>21</sup>. Conforme leciona Juarez Cirino dos Santos, *"mudanças da jurisprudência em prejuízo do réu - por exemplo, inversão de posição absolutória para posição condenatória - representam lesão do princípio da confiança nas manifestações dos Tribunais (porque a jurisprudência é a lei do caso concreto), com consequências para a vida real de seres humanos de carne e osso, equivalentes à retroatividade da lei penal em prejuízo do réu, proibida pela Constituição"*.<sup>22</sup> A mudança brusca de

---

<sup>21</sup> TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. Florianópolis. Tirant lo Blanch, 2018. Pp. 65/66.

<sup>22</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6 ed., ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 54.



interpretação em *malam partem* não pode alcançar fatos pretéritos à alteração do entendimento sobre a norma.

Isto porque a prescrição é norma de direito material<sup>23</sup>, pois diz respeito não ao procedimento que deve ser seguido, mas ao próprio direito de punir do Estado, estando prevista no Código Penal. Portanto, qualquer alteração na interpretação do dispositivo legal em prejuízo do réu deve obedecer ao disposto no artigo 5º, inciso XL, da Constituição da República, que consagra a irretroatividade da lei penal, ou a retroatividade da lei penal mais benéfica.

Nas palavras dos professores Zaffaroni e Nilo Batista, “o princípio da irretroatividade da lei penal tem caráter constitucional, de modo que a lei deve sempre ser entendida como aplicável somente a fatos que ocorram depois de sua vigência.”<sup>24</sup>

Tanto é assim que a Lei nº 12.234/2010, que modificou as regras da prescrição e eliminou a prescrição retroativa, por se tratar de inovação legislativa prejudicial ao réu, somente é aplicada aos fatos ocorridos após a sua entrada em vigor em 06 de maio de 2010.

A irretroatividade da Lei nº 12.234/2010 inclusive já foi reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades.<sup>25</sup>

Fernando Capez faz observações sobre as duas alterações *in pejus* promovidas pela norma, ressaltando que ambas não podem ser utilizadas em caso de fato anterior.

---

<sup>23</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. Manual de direito penal – Parte geral, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2000 p.672.

<sup>24</sup> ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 212.

<sup>25</sup> AP 891, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgado em 24/02/2021, publicado em 26/04/2021. AP 498, Relator Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, Julgado em 18/08/2015, publicado em 10/09/2015. HC 119462, Relator Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, Julgado em 03/06/2014, publicado em 23/06/2014. HC 108337, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, Julgado em 14/02/2012, publicado em 15/03/2012.



*“No art. 109 do CP existe uma tabela na qual cada pena tem seu prazo prescricional correspondente. Ressalve-se que a Lei nº 12.234/2010 promoveu significativa alteração em seu inciso VI, na medida em que o lapso prescricional, no caso de pena inferior a 1 ano, que era de 2 anos, foi aumentado para 3 anos. Desse modo, por se tratar de lei mais gravosa, não poderá retroagir para alcançar os fatos praticados antes de sua entrada em vigor.”<sup>26</sup>*

*“O que foi modificado com a promulgação da Lei n. 12.234/2010? De acordo com a atual redação do art. 110, § 1o, “a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa”. O § 2o, por sua vez, acabou sendo revogado pelo aludido Diploma Legal.*

*(...)*

*Nesse contexto, não se operará a prescrição retroativa antes do recebimento da denúncia ou queixa, isto é, durante a fase do inquérito policial ou da investigação criminal, em que ocorre a apuração do fato, mas poderá incidir a prescrição da pretensão punitiva pela pena máxima em abstrato.*

*Sobre a aplicação da lei penal no tempo, a norma não retroage, não podendo prejudicar os autores de crimes cometidos antes de sua entrada em vigor (...).”<sup>27</sup>*

Dúvida não há: a Lei nº 12.234/2010 entrou em vigor no dia 6 de maio de 2010 e não houve divergência acerca da impossibilidade de sua aplicação a fatos que a antecederam, pois é pacífico que uma norma mais rigorosa em matéria penal não poderá retroagir e incidir sobre fatos pretéritos, que estavam sob a égide de legislação mais benéfica, antes da modificação contrária ao réu, evidentemente aplicando-se aos casos anteriores a lei em *favor rei*.

A legislação que em 2010 modificou em *malam partem* matéria de prescrição, embora tenha sido equivocadamente fundamentada, foi legitimamente elaborada nos

---

<sup>26</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, volume 1, parte geral: arts. 1o a 120. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1.016, destacamos.

<sup>27</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, volume 1, parte geral: arts. 1o a 120. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1.031-1.032, destacamos.



moldes do Estado Democrático de Direito e sua aplicação atende ao princípio de não retroatividade de lei penal contra o réu.

Em se tratando do mesmo tema de direito material, a modificação pleiteada no agravo que suscitou o Tema 788 de Repercussão Geral, caso, *ad absurdum*, seja acolhida pela Corte Constitucional, para dar novel interpretação - e em *malam partem* - ao inciso I, do artigo 112, do Código Penal, deverá necessariamente atender aos mesmos princípios que orientaram a aplicação da Lei nº 12.234/2010 e somente atingir fatos posteriores a publicação do *Decisum*.

A natureza material da norma do artigo 112, inciso I, do Código Penal impõe que os efeitos de eventual inovação interpretativa sejam regulamentados como se referentes à inovação legislativa, pois não se pode estabelecer nova disciplina jurídica *in malam partem* por meio de entendimento jurisprudencial e dar-lhe aplicabilidade imediata.

O professor Nilo Batista espanca definitivamente qualquer dúvida sobre tal assertiva: “*A prescrição é uma instituição de direito penal, e pois de ordem pública são as regras a ela referentes. Baseia-se, fundamentalmente, em que o transcurso do tempo faz apagar o interesse estatal na persecução do delito, como ensina Wezel. No mesmo sentido, Antolisei se refere à atenuação do interesse estatal pelo ‘delcorso del tempo’. O nosso Hungria dizia que ‘o decurso do tempo apaga a lembrança dos fatos como a distância esfuma o relevo das coisas’. Nem é criada para favorecer o réu, nem se funda, como lembrava Von Litsz, em alguma força mítica do tempo. Obedece a considerações práticas sobre aquilo que Soler chama de ‘inconveniencia de uma repression muy tardia’. A prescrição significa - é a lição de Petrocelli – uma afirmação do legislador no sentido de que a renúncia à pena, depois de transcorrido certo período de tempo, ‘importa em uma vantagem social que supera aquela de sua aplicação’*”.

Nilo Batista encerra a questão colocando uma pedra sobre quaisquer debates que possam afastar ou mitigar o instituto da prescrição: “*A prescrição tem cidadania legal, e convive com a experiência judiciária. Sua ocorrência não representa*



*necessariamente um atestado de desídia sobre as repartições policiais ou forenses; seus efeitos não constituem um fato intolerável, um objeto de lamentação. Triste planeta aquele em que se tenha mais medo da prescrição do que da pena.”<sup>28</sup>*

## **9. Conclusão:**

Em face das considerações articuladas, o presente Parecer se posiciona contra qualquer interpretação, especialmente emanada pelo Poder Judiciário, que modifique a determinação literal do artigo 112, inciso I, do Código Penal, em *malam partem*, e, caso, *ad absurdum*, assim decida o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema 788 de Repercussão Geral, esta decisão, de direito material, não poderá retroagir e atingir os fatos ocorridos antes da publicação do *Decisum* final.

Rio de Janeiro, 14 de abril de 2022

Marcia Dinis

---

<sup>28</sup>BATISTA, Nilo. Novas tendências do direito penal - artigos, conferências e pareceres - Rio de Janeiro: Revan, 2004.