



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

CÂNDIDO DE FREITAS TORRES

**O PROBLEMA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA:
“Uma releitura necessária à luz dos ditames constitucionais”**

Brasília
2015

CÂNDIDO DE FREITAS TORRES

**O PROBLEMA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA:
“Uma releitura necessária à luz dos ditames constitucionais”**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e Controle Social.

Orientador: Prof. MSc. Marcelo Ferreira de Souza.

Brasília
2015

CÂNDIDO DE FREITAS TORRES

O PROBLEMA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA: “Uma releitura necessária à luz dos ditames constitucionais”

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e Controle Social.

Orientador: Prof. MSc Marcelo Ferreira de Souza.

Brasília, ____ de _____ de 2015.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Nome completo

Prof. Dr. Nome completo

**Dedico este trabalho a todos aqueles que de
alguma forma contribuíram para o meu
sucesso.**

AGRADECIMENTO(S)

Agradeço a Deus, fonte inesgotável da vida, e ao amigo e mentor Antônio José.

À minha amada esposa, companheira e amiga, Cléo, pelo amor, dedicação e carinho, sem os quais eu não teria chegado até aqui.

Aos meus amados filhos, Amanda, João e Sofia, pelas alegrias que me proporcionam, estimulando-me a prosseguir.

Ao meu pai Antônio e às minhas mães, Mariza e Júlia, que tanto se alegram com as minhas conquistas.

Ao prezado Professor Marcelo Ferreira, por ter aceitado me orientar nessa tarefa.

E a todos aqueles que de alguma forma me incentivaram nessa caminhada.

"LUTA. Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça"
(Eduardo Couture)

RESUMO

O trabalho se propõe a analisar a prescrição executória e especificamente a questão alusiva ao marco inicial para a contagem dos prazos a ela atinentes. Busca-se compreender a aplicação do instituto no atual panorama constitucional e processual, notadamente em relação ao princípio da não culpabilidade. Para tanto, a pesquisa balizou-se nos respectivos conceitos e teorias penais correlatos. Iniciou-se se estabelecendo a moldura teórica necessária para a compreensão da problemática. Na sequência, valeu-se da perspectiva legal e doutrinária, a fim de identificar, além das eventuais divergências, a evolução do instituto. Por fim, examinou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, bem como os contornos do Recurso Extraordinário com agravo nº 848.107/DF, por meio do qual os ministros do STF reconheceram a repercussão geral do tema em comento. A par desses elementos, busca-se analisar a necessidade de realinhamento da regra descrita no artigo 112, inciso I, primeira parte, do Código Penal, à atual realidade jurídico processual, tendo-se como parâmetro a Constituição da República de 1988, bem como apontar as possíveis soluções para os problemas advindos da diversidade de interpretação daquele dispositivo legal.

Palavras-chave: Sentença penal condenatória. Prescrição executória. Marco inicial. Interpretação conforme a Constituição.

ABSTRACT

The study aims to analyze the criminal prescription and specifically the question related to the starting point for the calculation of the periods relating to it. It seeks to understand the application of the institute in today's Constitutional and procedural prospect, especially analyzing the principle of no guilt. Because of this the research is based on concepts and theories related to criminal. It began settling the theoretical framework required to understand the issue. The study was based on the legal and doctrinal perspective in order to identify, beyond any differences, the evolution of the institute. Finally, it examined the jurisprudence of the Federal Supreme Court (STF) and the Superior Court of Justice (STJ) as well as the extraordinary appeal nº 848107/DF, through which the Ministers of the STF recognized the general repercussion of the topic under discussion. Alongside these elements, this research analyses a realignment of the rule described in Brazilian Penal Code, Article 112 item I, first part, to the current procedural legal reality, having as a parameter the 1988 Constitution of the Republic, likewise point out possible solutions to problems came from conflicting interpretations to that law.

Keywords: Sentence. Criminal limitation period. Landmark. Constitution-conformant interpretation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DELINEAMENTO TEÓRICO	11
1.1 O TITULAR DO PODER PUNITIVO.....	11
1.2 AS TEORIAS DA PENA.....	15
1.3 PRESCRIÇÃO – ASPECTOS HISTÓRICOS.....	20
2 A PERSPECTIVA LEGAL E DOUTRINÁRIA	23
2.1 O CONCEITO DE PRESCRIÇÃO.....	25
2.2 OS FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO.....	29
2.2.1 Principais Teorias	29
2.2.1.1 Teoria do Esquecimento	29
2.2.1.2 Teoria da expiação moral do criminoso ou do remorso	29
2.1.2.3 Teoria da emenda	30
2.1.2.4 Teoria psicológica	30
2.1.2.5 Teoria da dispersão ou do desaparecimento das provas	30
2.1.2.6 Teoria do transcurso do tempo ou do interesse reduzido	31
2.1.2.7 Teoria da Política Criminal	32
2.3 DAS ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO.....	32
2.3.1 Prescrição intercorrente ou subsequente	35
2.3.2 Da Prescrição retroativa antecipada	36
2.3.3 Da natureza jurídica	37
3 A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA E A JURISPRUDÊNCIA DO STF e do STJ	40
3.2 ESTUDO DE CASO.....	45
3.2.1 Recurso Extraordinário com Agravo nº 848.107/DF	45
3.2.2 A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça	49
3.3 DA APLICABILIDADE DO ARTIGO 112 INCISO I PRIMEIRA PARTE.....	51
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

A prescrição é um dos institutos mais antigos e também um dos mais desafiadores para aqueles que atuam na seara penal, pois, em última análise, tem por objetivo impedir que os indivíduos sejam submetidos indefinidamente ao poder punitivo do Estado. Em síntese, visa preservar o direito à liberdade, corolário do Estado Democrático de Direito.

No Direito Penal brasileiro o instituto encontra-se alocado no Título VIII “Da Extinção da Punibilidade”, do Código Penal vigente, mais precisamente no artigo 107, inciso IV. Os dispositivos seguintes, 108 a 120, prestam-se a pormenorizar a contagem dos prazos, estabelecendo os termos iniciais, interruptivos e finais.

Em termos gerais, classifica-se em duas principais espécies: prescrição punitiva e prescrição executória. Em ambos os casos o direito de punir é fulminado pelo decurso do tempo, associado à inércia do Estado. Representa, portanto, uma garantia do indivíduo em relação ao detentor do poder punitivo.

Em face disso, a Lei penal estabeleceu as hipóteses que autorizam a incidência do instituto. Contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988, a legislação infraconstitucional vem sendo submetida a uma releitura à luz dos ditames constitucionais, por meio de demandas judiciais cada vez mais numerosas e complexas.

No que concerne à prescrição não foi diferente. Em novembro de 2014, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral no recurso extraordinário com agravo nº 848.107/DF interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal. O tema posto ao debate veicula controvérsia no tocante ao termo inicial da contagem da prescrição executória: a) se do trânsito em julgado para a acusação, conforme preconiza o artigo 112 inciso I do Código Penal ou; b) se para a defesa e a acusação.

Com efeito, o presente estudo se propõe a compreender a prescrição executória, notadamente no que diz respeito ao início da contagem do prazo prescricional, por tratar-se de tema ainda polêmico, porquanto não há um posicionamento consolidado na Jurisprudência dos Tribunais acerca da aplicabilidade do artigo 112 inciso I do Código Penal.

A discussão jurídica originou-se a partir da mudança na Jurisprudência do Supremo, no sentido de não mais admitir a execução provisória, isto é, o início do cumprimento da pena imposta na sentença condenatória quando ainda houver recurso pendente visando modificá-la. Tudo em homenagem ao princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º inciso LVII da Lei Maior, que assim dispõe: *"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"*

Por isso os objetivos do presente trabalho são: compreender a prescrição executória no atual panorama constitucional e processual; conhecer os respectivos fundamentos; perceber as diferenças entre a prescrição punitiva e a executória; descobrir se a regra prevista no artigo 112 inciso I requer alteração; saber se a modificação implica violação ao princípio da presunção de inocência.

Para tanto, procedeu-se da seguinte forma: analisou-se a origem do poder punitivo e suas limitações, restringindo-se à prescrição, conceitos, fundamentos, espécies efeitos e aplicação.

Com base nesses elementos, espera-se demonstrar também a relevância da prescrição executória não apenas na perspectiva legal, mas principalmente sob o ângulo constitucional. Isso porque o tema envolve um dos direitos mais importantes depois do direito à vida, tendo ainda como desdobramento as questões alusivas à segurança jurídica.

Em decorrência estruturou-se o trabalho em 3 capítulos. No primeiro capítulo, apresentam-se o delineamento teórico sob o qual se enquadrará a pesquisa, os aspectos relacionados à titularidade do poder de punir, à teoria da pena à origem do instituto. O segundo capítulo proporciona uma análise legal e doutrinária. No terceiro e último capítulo, apresenta-se o contexto jurisprudencial, calcando-o no estudo de caso do Recurso Extraordinário com Agravo nº 848.107/DF e nos princípios a ele atinentes.

1 DELINEAMENTO TEÓRICO

A compreensão dos institutos criados pelo Direito requer por vezes a análise conjunta de vários conceitos e teorias. Afinal, assim como em outros ramos do conhecimento, a maioria dos fenômenos jurídicos encontra-se interligados, na origem ou nos efeitos.

Significa dizer que as inovações tipicamente legislativas (leis) ou as interpretações jurídicas a recaírem sobre um determinado princípio, regra ou instituto penal podem produzir modificações não apenas no diploma normativo nos quais inseridos, mas também nos institutos correlatos.

Esse quadro é mais comumente identificado no âmbito do Direito Constitucional, considerando-se que a Constituição Federal ocupa o topo do sistema de leis, assumindo a função orientadora de todo o ordenamento jurídico.

Pautada numa perspectiva garantista a Carta da República e os princípios nela insculpidos têm sido interpretados cada vez mais a favor das liberdades individuais, de forma a restringir a atuação estatal penal.

Com efeito, as normas e os mecanismos penais por elas regidos são constantemente alcançados por esse novo olhar. Como exemplo, tem-se a prescrição punitiva executória, especificamente em relação ao início da contagem do prazo prescricional.

Em face disso, torna-se imprescindível uma breve análise das questões que estão a permear a prescrição penal, tais como: a titularidade do direito de punir, as principais teorias penais, os princípios penais que regem a atividade punitiva, e os desdobramentos desses elementos na *práxis* jurídica.

O exame desses elementos decorre das novas criações jurisprudenciais implementadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça relacionadas ao exercício do poder punitivo.

1.1 O TITULAR DO PODER PUNITIVO

O homem nasce livre e assim necessita estar enquanto ser social. Essa é também uma das premissas sobre a qual se assentam os regimes democráticos de direito respaldados pelo governo das leis, cuja finalidade é, entre outras, limitar a intervenção do Estado na esfera privada dos indivíduos. Tornou-se assim a liberdade, a regra a ser por todos – indivíduos e Estado –, observada.

Entretanto, em virtude da complexidade da vida em sociedade mostram-se cada vez mais frequentes as transgressões às normas postas, exigindo-se a atuação do Estado no sentido de preservar a ordem e o mínimo de civilidade nas relações sociais.

Com efeito, o direito à liberdade, mesmo tendo sido alçado ao patamar de direito fundamental, não se encontra totalmente imune às mitigações impostas pelo poder estatal, entre as quais se enquadra o poder de punir.

Assim, tem-se na pessoa do “Estado” a legitimidade e a titularidade quanto à implementação das leis e à aplicação das respectivas sanções. Acerca do tema, preleciona Frederico Marques:

Com a instauração do procedimento penal, e declarado existente o *jus puniendi*, adquire o Estado o direito de executar a sentença condenatória ou título penal executivo. Mas, como esclarece FALCHI, “o *jus executionis* não é diferente do *jus puniendi*, mas seu aspecto executivo: é o *jus punitiois* no seu realizar-se, em sua última fase de concretização”. Ou como diz Néelson Hungria, o direito de punir não é só o direito de exigir a imposição da pena cominada, mas também o direito de reclamar a imposição da pena *in concreto*. A relação jurídico-executória nada mais é que um momento da relação jurídico-punitiva.¹

Desse fragmento, é possível depreender que o exercício do poder punitivo deve guardar obediência às normas processuais. Além disso, revela a existência de dois momentos, um destinado a autorizar a aplicação da reprimenda já prevista em lei – em observância ao princípio da legalidade – e outro de exigir o devido cumprimento da pena implementada.

1 MARQUES, Frederico. José. **Tratado de direito penal**. Campinas: Millennium, 2002,p.139.

Complementando a lição de Frederico Marques, Damásio de Jesus

pontua:

O jus punitiois concreto e o jus executions, entretanto, não podem ser exercidos diretamente pelo Estado-Administração. Não cabe ao Poder Executivo, por intermédio de coação direta, aplicar a sanção penal e executá-la. Eles são realizados por intermédio da jurisdição. A sanção penal não pode ser aplicada sem processo; nem executada.²

Do trecho acima, é possível compreender as razões de o Estado ter sido organizado em estruturas de poder, que no caso em comento é exercido pelo Estado-Juiz por meio da jurisdição.

Ainda em relação ao *jus puniendi* concreto e ao *jus executions*, há quem sustente a existência de outras fases, inclusive anteriores àquela que, em tese, legitimaria o Estado a exercer concretamente o direito de punir mediante a instauração da ação penal. Nesse sentido, ressalta Damásio de Jesus:

A norma penal incriminadora cria para o Estado, seu único titular, o direito de punir abstrato. Passa a ter o direito de exigir que os cidadãos não cometam o fato nela descrito. De sua parte, estes têm a obrigação de não realizar a infração penal determinada. Assim, tratando-se, por exemplo, de crime de furto, a norma agendi contida no art. 155 do CP delimita o âmbito de atividade humana, proibindo a prática do fato tipicamente descrito, sob efeito de sujeição às sanções penais cominadas no preceito secundário. E o Estado tem o direito de exigir que ninguém subtraia, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.³

Nessa perspectiva, a mera existência do dispositivo legal incriminador já faria nascer para o Estado o direito punitivo. Nesse ponto, há divergências. Uma das razões para a discordância encontra-se no fato de que um dos objetivos do Estado Democrático de Direito é justamente o de ampliar as liberdades individuais. Portanto, na ótica desse autor, quanto maior o número de normas incriminadoras, menor o âmbito das liberdades individuais, privilegiando-se em demasia o poder punitivo.

Esse fenômeno é denominado pela doutrina de Direito Penal objetivo. Assim discorre Mirabete, acerca do tema:

Denomina-se Direito penal objetivo o conjunto de normas que regulam a ação estatal, definindo os crimes cominando as

² JESUS, Damásio E. de. **Prescrição penal**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 18

³ JESUS, Damásio E. de. **Prescrição penal**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

respectivas sanções. Somente o Estado, em sua função de promover o bem comum e combater a criminalidade, tem o direito de estabelecer e aplicar sanções. É, pois o único e exclusivo titular do “direito de punir” (*jus puniendi*) que constitui o que se denomina Direito Penal Subjetivo.⁴

Segundo o referido autor, a atuação do Estado em face dos indivíduos ocorre em dois momentos distintos. No primeiro, visa-se a descrição das condutas consideradas nocivas à vida em sociedade, estabelecendo-se as respectivas penas. No segundo, caso haja infração à norma posta, autoriza-se ao titular do poder de punir o efetivo exercício desse direito, o que Mirabete reconhece como Direito Penal Subjetivo.

Entretanto, no tocante ao direito penal subjetivo, nem sempre fora assim. Em outras palavras, o direito de aplicar penas teria sido transferido ao Estado, em virtude das transformações sociais e da necessidade de expungir as sanções de natureza cruel. Em relação ao tema preleciona Fábio Guedes de Paula Machado:

Com o aperfeiçoamento das relações sociais e com o agigantamento do Estado, chamando para si a responsabilidade de pacificar os litígios sociais, o poder punitivo foi retirado dos grupos familiares e confiado aos juízes, mobilizando-se a sociedade a partir de então no sentido de se organizar e pleitear a tutela de seus direitos, obrigando estudiosos e juristas a debater e analisar quais bens deveriam ser protegidos pela lei, surgindo, em decorrência dessa violação questões acerca do fundamento filosófico do Direito de punir.⁵

Embora o escopo do trabalho não seja a análise filosófica do direito de punir, essa contribuição revela-se pertinente, pois permite perceber a transmutação de um dos principais fundamentos da punição - que antes se pautava exclusivamente na vingança pessoal -, para assumir a função de controle social pelo Estado.

No que tange a esse aspecto, convém inserir a importante lição de Zaffaroni e Piarangeli, que nos permite perceber a existência de várias formas de controle social para além da intervenção penal.

4 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 5-6.

5 MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição Penal Prescrição Funcionalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 29.

(...) para avaliar o controle social em um determinado contexto, o observador não deve deter-se no sistema penal, e menos ainda na mera letra da lei penal, mas é mister analisar a estrutura familiar (autoritária ou não), a educação (a escola, os métodos pedagógicos, o controle ideológico dos textos, a universalidade, a liberdade de cátedra etc.), a medicina (a orientação “anestesiante” ou puramente organicista, ou mais antropológica de sua ideologia e prática) e muitos outros aspectos que tornam complicadíssimo o tecido social. Quem quiser formar uma ideia do modelo de sociedade com que depara, esquecendo esta pluridimensionalidade do fenômeno de controle, cairá em um simplismo ilusório.⁶

Para esses autores, o Direito Penal, seja na perspectiva objetiva ou subjetiva, revela-se apenas mais um dos instrumentos do controle social presentes na sociedade. Não se pode negar, contudo, tratar-se do mais coercitivo deles.

Isso porque o seu detentor – o Estado – dispõe de meios coercitivos prontamente dispostos à utilização, colocando-o numa posição de supremacia em relação ao particular.

Ocorre que não há como discorrer sobre o poder punitivo do ente “Estado” sem fazer uma breve passagem pelas teorias da pena, a fim de se conhecer os principais fins das reprimendas penais.

1.2 AS TEORIAS DA PENA

No que diz respeito às teorias da pena, a doutrina costuma classificá-las em absolutas, relativas e mistas. Em relação à primeira delas, a teoria absoluta, Luiz Regis Prado, esclarece:

As concepções absolutas têm origem no idealismo alemão, sobretudo com a teoria da retribuição ética ou moral de Kant – a aplicação da pena decorre de uma necessidade ética, de uma exigência absoluta de justiça, sendo eventuais efeitos preventivos alheios à sua essência.⁷

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro** V. 1–Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 63.

⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 444.

Assim, segundo as teorias absolutas, não há se falar em função preventiva da pena, mas tão somente na retribuição ou expiação do mal perpetrado. Em suma, seria uma forma de vingança social institucionalizada contra aquele que praticou a conduta delituosa, o mal retribuído em decorrência do mal causado.

Em reforço, acrescentam Zaffaroni e Piarangeli: "são chamadas *teorias absolutas* as que sustentam que a pena encontra em si mesma a sua justificação, sem que possa ser um meio para fins ulteriores."⁸ Todavia, conforme asseveram em outros momentos, essas teorias já se encontram superadas.

Em sentido diametralmente oposto posicionam-se as teorias relativas, dentre as quais se destaca a teoria da prevenção geral. Acerca dela, Prado leciona:

Encontram fundamento da pena na necessidade de evitar a prática futura de delitos (*punitur ut ne peccetur*) – concepções utilitárias da pena. Não se trata de uma necessidade em si mesma, de servir à realização da Justiça, mas de instrumento preventivo de garantia social para evitar a prática de delitos futuros (*poena relata ad effectum*). Isso quer dizer que a pena se fundamenta por seus fins preventivos, gerais ou especiais. Justifica-se por razões de utilidade social.⁹

Tem-se nessa teoria o objetivo de inibir as condutas lesivas aos bens tutelados pelo Direito Penal, a demonstrar o caráter utilitarista da pena. Em acréscimo, Luiz Regis Prado complementa:

A prevenção geral, tradicionalmente identificada como intimidação – temor infundado aos possíveis delinquentes, capaz de afastá-los da prática delitiva -, é modernamente vislumbrada como exemplaridade (conformidade espontânea à lei) – função pedagógica ou formativa desempenhada pelo Direito Penal ao editar as leis penais.¹⁰

Mais adiante, o autor aponta a quem se destina a atuação jurídico-estatal sob o ângulo da prevenção geral:

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro V. 1**–Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 144.

⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 446.

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 446.

De outro modo, a concepção preventiva geral da pena busca sua justificação na produção de efeitos inibitórios à realização de condutas delituosas, nos cidadãos em geral, de maneira que deixarão de praticar atos ilícitos em razão do temor de sofrer a aplicação de uma sanção penal. Em resumo a prevenção geral tem como destinatária a totalidade dos indivíduos que integram a sociedade, e se orienta para o futuro, com o escopo de evitar a prática de delitos por qualquer integrante do corpo social. É a denominada prevenção geral intimidatória, que teve clara formulação em Feuerbach (teoria da coação psicológica), segundo a qual a pena previne a prática de delitos porque intimida coage psicologicamente seus destinatários. Como doutrina utilitarista, refuta as bases metafísicas da teoria retributiva, e, nesse sentido representa um avanço.¹¹

Quanto ao fato de representar um avanço se comparada às teorias absolutas - que atribuem à pena natureza exclusivamente retributiva -, não há o que contestar. Entretanto, ainda assim, torna-se passível de críticas em relação a outros aspectos.

Não obstante seja considerada uma teoria extremamente válida e moderna, se tomarmos o Brasil como exemplo, será possível constatar a reduzida eficácia da proposta preventiva por ela defendida.

Isso porque, conforme a realidade brasileira, o número de leis incriminadoras desde a implementação do Código Penal de 1940 tem aumentado consideravelmente, sem que se tenha alcançado em mesma escala ou em patamar próximo a diminuição das práticas delituosas. Muito pelo contrário, o que se vê é o aumento da criminalidade no país, a revelar que a criminalização das condutas não as inibe.

Na legislação pátria existe dois exemplos que merecem ser citados, objetivando-se sustentar a argumentação expendida. O primeiro deles é a Lei Seca, a qual na sua origem visava inibir a condução de veículos automotores sob a influência de substâncias alcoólicas ou de efeitos análogos. Mesmo com as alterações decorrentes da Lei nº 12.760/2012, por meio da qual se estabeleceu o pagamento de multas altíssimas e suspensão do direito de dirigir por doze meses, não se tem constatado a diminuição dessa prática.

De igual modo a Lei Maria da Penha, cuja proposta era a de coibir a violência doméstica contra a mulher.

¹¹ Idem.

O desdobramento da teoria preventiva deu origem à prevenção especial, cujo principal divulgador foi David August Roder, que por sua vez teria sido inspirado por Friederich Krause, conforme nos elucidam Zaffaroni e Piarangeli:

Esta teoria aplicada ao direito penal chamou-se de “correcionalismo” ou “teoria da correção” (embora pudesse ser chamada de “teoria do melhoramento”. Tem todos os inconvenientes próprios da perspectiva de que parte. Para o correcionalismo de Roder, o direito penal – e a pena com seu instrumento – tem uma missão moral: mostrar ao homem o caminho da sua liberdade, que se encontra em sua aproximação a Deus.¹²

Diferentemente das outras duas teorias, nota-se que a preocupação maior dessa teoria é fazer com que o direito penal sirva para promover o melhoramento do homem e não apenas de instrumento preventivo ou punitivo.

Os referidos autores aludem a algumas conquistas relacionadas a essa teoria:

Em nossos dias, uma teoria que defenda semelhantes princípios causa grandes inconvenientes, porque imaginamos um “melhoramento moral” por meio de uma adequada lavagem cerebral que nos “libere”, mostrando-nos o caminho que conduz ao “ser absoluto”. Mas não devemos esquecer que esta teoria tem mais de um século e meio de antiguidade e que se deve a ela, por exemplo, uma aguda crítica à pena de morte e à prisão perpétua, além de uma fundamentação para a liberdade condicional.¹³

É notório que os traços ideológicos dessa teoria, de natureza eminentemente ética-moral, foram a principal razão para o não acolhimento dessa vertente doutrinária pelas estruturas de poder existentes na primeira parte do Século XX. Por isso, raríssimos são os seus defensores.

Por fim, têm-se as teorias que buscam mesclar os dois modelos teóricos, absolutos e relativos. Sobre as características e objetivos, Zaffaroni e Piarangeli comentam:

As teorias mistas quase sempre partem das teorias absolutas, e tratam de cobrir suas falhas acudindo a teorias relativas. São as mais usualmente difundidas na atualidade e, por um lado, pensam que a retribuição é impraticável em todas as suas consequências e, de

12 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro V. 1–Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 263.

13 Idem.

outro, não se animam a aderir à prevenção especial. Uma de suas manifestações é o lema seguido pela jurisprudência alemã: “prevenção geral mediante retribuição justa”.¹⁴

Consoante nos esclarecem os autores, a base continua sendo a retribuição, não nos moldes originários, mas na medida justa, associando-se a isso o caráter preventivo. Entretanto, a crítica permanece, pois, qual seria a medida justa? Conquanto esse questionamento seja suficiente, por si só, para o desenvolvimento de outra pesquisa, o modelo penal brasileiro adotou o modelo misto.

Feitas essas considerações em relação às principais teorias penais, exsurge a questão alusiva aos limites do direito de punir. Daí dizer-se que o poder punitivo não é absoluto - nem poderia ser -, porquanto no Brasil se está sob a égide do regime Democrático de Direito. Essa a razão de existirem certos limites impostos ao próprio Estado, pois o objetivo é, em última análise, a preservação da liberdade bem como do sistema normativo posto a serviço dela e dos demais direitos fundamentais.

Nesse sentido, José Frederico Marques assevera:

A promulgação de normas penais incriminadoras decorre, no campo estritamente jurídico, do poder soberano do Estado, de seu *jus imperii*. Trata-se de poder limitado, pois Estado, segundo lembra Ranelletti, não pode violar as fronteiras que lhe são traçadas pelo Direito. Ou, como dizia Arturo Rocco, não se concebe no Estado moderno o exercício da soberania senão com a sujeição ao Direito.¹⁵

Vê-se, portanto, a necessidade de observância ao princípio da legalidade pelo Estado, não sendo um de seus principais atributos – a soberania – apto a isenta-lo de sujeitar-se aos ditames legais por ele mesmo estabelecidos.

Assim, no que concerne aos instrumentos penais limitadores do direito de punir do Estado, destaca-se o da prescrição.

1.3 PRESCRIÇÃO – ASPECTOS HISTÓRICOS

14 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro V. 1**–Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 115.

15 MARQUES, Frederico. José. **Tratado de direito penal**. Campinas: Millennium, 2002, p.133.

O conhecimento da origem do objeto estudado é essencial para a verificação da sua evolução histórica, facultando ao observador a identificação de características ou elementos que foram sendo incorporados ou transmutados com o passar do tempo.

No que tange às ciências humanas, entre as quais se inclui o Direito, isso se faz ainda mais relevante, ante as implicações – nem sempre positivas - que determinadas mudanças podem provocar no meio social em termos de segurança jurídica.

Cabe ressaltar que, embora seja considerado um dos mais antigos institutos jurídicos, pouquíssimos autores do direito penal se demoram ao discorrer sobre o surgimento da prescrição. Talvez essa a razão de não haver maiores divergências doutrinárias em relação a sua origem.

Nesse sentido, Fábio Guedes destaca:

A doutrina, de uma forma geral, detalha o surgimento do instituto da prescrição ao considerar que “a prescrição da ação penal surgiu no Direito romano” com o objetivo de que os processos penais não se dilatasse excessivamente nos seus prazos.¹⁶

Em seguida acrescenta:

Tem-se notícia de que seu surgimento se deu quando da edição da *Lex Julia de Adulteriis*, século XVIII a.C., provavelmente nos anos de 1736 ou 1737 a.C., citando *Adulter post quinquennium, quam commiissum adulterium dicitur accusari non potest*. Entretanto, há entendimento de que seu surgimento se deu 18 anos antes de Cristo.

Considerando-se um ou outro marco inicial, o fato é que a prescrição já conta milênios de existência e nesse percurso tem sido desenhada e redesenhada. Fábio Guedes confirma essa assertiva ao discorrer acerca da aplicação da prescrição no Direito romano. Vejamos:

Essa mesma lei estabelecia que nos delitos de estupro, lenocínio e incesto também ocorreria a prescrição do procedimento criminal se tivesse sido ultrapassado o prazo de cinco anos, em respeito à purificação das festas Lustrais, calcadas nas ideias de perdão e de purificação dos indivíduos e das cidades, lavando-lhes as culpas religiosas. Decorrido esse prazo, o cônjuge adúltero não poderia ser processado, e posteriormente o prazo seria estendido às demais infrações. Quanto às ações penais privadas de origem pretoriana,

16 MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição Penal** Prescrição Funcionalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 86.

prescreviam em um ano, *Actio Iniuriarum*. Posteriormente várias alterações nos prazos prescricionais se sucederam na legislação romana.¹⁷

Note-se que à época a prescrição atingia até mesmo os crimes com forte conotação moral, afastando, nesses casos, a ideia de imprescritibilidade. Segundo o aludido autor, o prazo de cinco anos veio a dilatar-se para vinte, tornando-se a regra.

No entanto, Guedes acresce ao tema uma divergência sustentada por outro autor, no tocante à aplicabilidade do instituto da prescrição na legislação romana: “sobre o assunto Georges Vidal assevera que “a prescrição não foi admitida pelo Direito Romano, ao menos para as penas públicas””.¹⁸ Alguns autores mencionam que as penas públicas consistiam em castigos corporais.

No Brasil, noticia-se que a prescrição penal foi incorporada à legislação pátria a partir do Código de Processo Criminal de 1832, mais precisamente nos artigos 54 a 57, que assim preconizavam:

Art. 54. Os delictos, e contravenções, que os Juizes do Paz decidem definitivamente, prescrevem por um anno, estando o delinquente presente sem interrupção no Districto, e por tres annos, estando ausente em lugar sabido.¹⁹

Art. 55. Os delictos, em que tem lugar a fiança, prescrevem por seis annos, estando o delinquente presente sem interrupção no Termo, e por dez annos, estando ausente em lugar sabido, com tanto que seja dentro do Imperio.²⁰

Art. 56. Os delictos, que não admittem fiança, só prescrevem por dez annos, estando o delinquente presente sem interrupção no Termo.²¹

Art. 57. A prescripção não se estende á indemnização, que poderá ser demandada em todo o tempo.²²

Os dispositivos acima demonstram que a prescrição no Brasil possuía um regramento bem simples, bastante diferente dos moldes atuais. Nota-se também a aplicação de prazos reduzidos, variáveis de um a dez anos.

17 MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição Penal** Prescrição Funcionalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 87.

18 Idem.

19 BRASIL. Lei do Império, de 29 de novembro de 1832. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 13 ago.2015.

20 BRASIL. Lei do Império, de 29 de novembro de 1832. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 13 ago.2015.

21 BRASIL. Lei do Império, de 29 de novembro de 1832. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 13 ago.2015.

22 Idem.

Outra curiosidade diz respeito ao fato de autorizar-se a prescrição mesmo na hipótese de o mencionado delinquente não encontrar-se no distrito da culpa. Significa dizer que nos termos dos citados artigos, bastava o condenado conseguir ausentar-se pelo período previsto na lei para alcançar o aludido benefício.

Entretanto, de lá pra cá muita coisa mudou em matéria de direito penal, principalmente em relação à prescrição, a instigar o pesquisador a conhecer os novos contornos aplicados ao instituto a partir do ângulo doutrinário e jurisprudencial.

2 A PERSPECTIVA LEGAL E DOUTRINÁRIA

A par desse aspecto, o Código Penal vigente elencou entre os vários institutos nele descritos, o da prescrição. Em linhas gerais, a prescrição gênero – cujas principais espécies são a punitiva e a executória – extingue, respectivamente, a possibilidade de o Estado punir ou exigir o cumprimento da punição imposta mediante sentença condenatória àqueles que transgridam as leis penais. Eis a razão de ter sido alocada no Título VIII “Da Extinção da Punibilidade”, do Código Penal vigente, mais precisamente no artigo 107, inciso IV. Por consequência, os dispositivos seguintes 108 a 120 prestam-se a pormenorizar a contagem dos prazos, estabelecendo os termos iniciais, interruptivos e finais.

Destarte, independentemente da espécie, o efeito imediato da prescrição é a extinção da punibilidade. Contudo, a observância desse instituto impõe a aplicação conjunta da regra estabelecida no artigo 109 do Código Penal, uma vez que tal dispositivo estabelece os lapsos temporais, mínimo e máximo, que servirão de parâmetro para o reconhecimento, ou não, da prescrição punitiva ou executória.

Eis a regra prevista no aludido artigo:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: ([Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010](#)).

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.²³

²³ PENAL, Código. DECRETO-LEI N. 2.848, DE 07 DE DEZEMBRO DE 1940. São Paulo: Saraiva, 2010.

Embora o *caput* do artigo 109 mencione tratar-se de regra a ser aplicada antes do trânsito em julgado da sentença, esses prazos também se aplicam quando aquele já houver sido alcançado, conforme depreende-se da ressalva relativa ao § 1º do artigo 110.

Fazendo-se uma simples comparação quanto aos contornos da prescrição desde a sua incorporação à legislação penal pátria até os dias atuais percebe-se que houve uma dilatação considerável dos prazos prescricionais. No Código Criminal de 1832, o lapso temporal máximo limitava-se a dez anos diferentemente do atual, que prevê vinte anos.

Tal quadro demonstra, em maior ou menor grau, o interesse do Estado de aplicar e exigir o devido cumprimento das sanções impostas, bem como revela a necessidade de adequação das regras prescricionais à nova realidade jurídico penal.

Quanto ao artigo 112, cabe destacar que a redação original somente aludia ao trânsito em julgado da sentença condenatória, não mencionando se para acusação ou a defesa: “Art. 112. No caso do art. 110, a prescrição começa a correr: a) do dia em que passa em julgado a sentença condenatória ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional”.²⁴

Posteriormente, alterou-se essa redação por meio da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Veja-se:

Art. 112 - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr: ([Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984](#))

I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;²⁵

Todavia, o Código define a parte relativa à prescrição executória compreendida a partir do artigo 112 como “Termo inicial da prescrição após a sentença irrecorrível”. Ora, irrecorrível é o provimento judicial em face do qual não cabe mais recurso interposto por qualquer das partes.

24 BRASIL. Código Penal. Decreto Lei nº 2.848 de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102343>>. Acesso em: 7 set. 2015.

25 BRASIL. Código Penal. Decreto Lei nº 2.848 de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#art112>. Acesso em: 7 set. 2015.

Assim, pela própria lógica do Código Penal, não haveria se falar em marco inicial da contagem do prazo prescricional balizado no trânsito em julgado somente para a acusação.

2.1 O CONCEITO DE PRESCRIÇÃO

Essa análise é de fundamental importância, pois, além de colaborar para a identificação de eventuais divergências doutrinárias contribui para a compreensão das principais teorias e fundamentos atinentes ao instituto. Em obra intitulada “Prescrição Penal” Damásio de Jesus assim a descreve:

Na prescrição da pretensão punitiva, impropriamente denominada “prescrição da ação”, a passagem do tempo sem o seu exercício faz com que o Estado perca o poder-dever de punir no que tange à pretensão (punitiva) de o Poder Judiciário apreciar a lide surgida com a prática da infração penal e aplicar a sanção respectiva. Titular do direito concreto de punir, o Estado o exerce por meio da ação penal, que tem por objeto direto a exigência de julgamento da própria pretensão punitiva e por objeto mediato a aplicação da sanção penal. Com o decurso do tempo sem o seu exercício, o Estado vê extinta a punibilidade e, por consequência perde o direito de ver satisfeitos aqueles dois objetos do processo.²⁶

É notório que o autor busca diferenciar a prescrição punitiva da prescrição da ação, salientando ser impróprio confundi-las. Ademais, é possível perceber também os dois principais efeitos da primeira modalidade, isto é, a punitiva, que fulmina tanto o direito de punir do Estado quanto a possibilidade de desenvolvimento processual.

Conforme sustentado pelo autor, ambos incidem diretamente no exercício do poder punitivo do Estado, sendo o segundo decorrência do primeiro, pois, uma vez extinta a possibilidade abstrata de punir, por meio do processo, vai-se junto o direito de exigir o cumprimento da punição que possivelmente viria a ser imposta.

Também nesse sentido, Mirabete preceitua:

A prescrição é a perda do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo. Justifica-se o instituto pelo desaparecimento do interesse estatal na repressão do crime, em razão do tempo decorrido, que leva ao esquecimento do delito e à superação do alarma social

26 JESUS, Damásio E. de. **Prescrição penal**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 39.

causado pela infração penal. Além disso, a sanção perde sua finalidade quando o infrator não reincide e se readapta à vida social.²⁷

Quanto ao desaparecimento do interesse estatal, impõe-se o exame mais criterioso, não se podendo admiti-lo em todos os casos. A título de exemplo, é possível haver situações em que o Estado deixou de recorrer da sentença por que a considerou adequada, ou seja, concordou com a sanção imposta.

Nessa hipótese, não há como afirmar o desinteresse no que tange à pretensão punitiva.

Todavia, a doutrina entende a falta de interesse como a total inércia do ente legitimado a exercer o direito de punir.

A partilhar desse entendimento, Luiz Regis Prado salienta:

O não exercício do *jus puniendi* estatal conduz a perda do mesmo em face do lapso temporal transcorrido. A prescrição corresponde, portanto, à perda do direito de punir pela inércia do Estado, que não o exercitou dentro do lapso temporal previamente fixado.²⁸

Alinhando-se a esse conceito Zaffaroni e Piarangeli complementam:

Muito embora o mero decurso do tempo sobre a prática de um fato não seja motivo suficiente para que tudo se apague, considera-se, todavia, que em determinadas condições, o transcurso do tempo, sem que a pena seja executada, faz com que cesse a coerção penal, ou seja, o decurso do tempo leva o Estado a renunciar ao seu dever de punir, do mesmo modo que extingue a ação penal que não chega à sentença.²⁹

Contudo, o ponto comporta divergências, pois, asseverar que o Estado renunciou ao direito de punir, simplesmente por haver deixado de recorrer, não se coaduna com o instituto da prescrição, mas sim com a mera renúncia recursal.

Sem maiores divergências, Flávio Augusto Monteiro de Barros:

Prescrição é perda da pretensão punitiva ou executória, em razão do decurso do tempo. Com a prescrição, o Estado perde o *jus puniendi*

27 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2014, 395.

28 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 597.

29 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro V. 1—Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 670.

(pretensão punitiva) ou o direito de executar a pena imposta (pretensão executória).³⁰

De forma mais contundente, Guilherme Nucci assim conceitua o instituto da prescrição penal:

É a perda do direito de punir do Estado pelo não exercício em determinado lapso de tempo. Não há mais interesse estatal na repressão do crime, tendo em vista o decurso do tempo e porque o infrator não reincide, readaptando-se à vida social.³¹

Conforme Nucci sustenta, o efeito extintivo do direito de punir estaria associado ao desinteresse do Estado. Conforme já sustentado, esse posicionamento encontra campo somente em relação ao direito de punir abstrato, ou seja, aquele anterior ao processo penal, que poderia em tese, levar à condenação do acusado. Isso porque havendo sentença condenatória, não há como afirmar a total ausência de interesse de punir do Estado.

Nesse contexto, é pertinente a contribuição doutrinária de Paulo Queiroz:

A prescrição penal é a extinção do direito de punir em virtude do decurso do prazo legal para o exercício da ação penal ou para promover a execução da sentença penal condenatória. No primeiro caso, haverá prescrição da pretensão punitiva ou prescrição da ação; no segundo, a prescrição da pretensão executória ou prescrição da condenação.³²

No que concerne à extinção da ação pela prescrição, reside pequena divergência entre os autores, pois alguns sustentam a impossibilidade desse fenômeno.

Ao mencionar a origem da prescrição executória, Cezar Bitencourt veicula importante esclarecimento, que permite compreender as razões pelas quais, parte da doutrina associa a prescrição punitiva abstrata à extinção da ação. Veja-se:

Mas essa era somente a prescrição da ação, isto é, da pretensão punitiva. A prescrição da condenação, no entanto, surgiu na França, com o Código Penal de 1791. Com efeito, a Revolução Francesa parece ter favorecido esse acontecimento. Outros países, em seguida, também adotaram essa outra espécie de prescrição da condenação (art. 72), sendo que a prescrição da ação penal já foi

30 BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal** Parte Geral V.1. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 630.

31 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal** Parte Geral Parte Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 607.

32 QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal** Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 485.

adotada a partir do Código Criminal de 1830. Na realidade, o artigo 65 do Código Criminal do Império (16-12-1830) declarava: “*As penas impostas aos réus não prescreverão em tempo algum*”. Em outras palavras, as penas aplicadas eram imprescritíveis.³³

Depreende-se, portanto que a mencionada associação tida por vários autores como imprópria – como, por exemplo, Damásio de Jesus – decorreu, em parte, da própria origem o instituto. Atualmente, o posicionamento doutrinário dominante é pela extinção apenas do direito de punir não recaindo sobre a ação em si.

Verificada essa pequena divergência, a análise desses conceitos também permite identificar a existência de duas situações de fato sobre as quais se funda a prescrição penal, quais sejam, o decurso do tempo e a inércia de quem detém o poder de punir.

Quanto ao segundo fundamento, cumpre diferenciar “inércia do Estado” de atos pelos quais se possa depreender que houve concordância em relação à sanção imposta mediante sentença condenatória.

Noutras palavras, o fato de o órgão acusador haver concordado com a pena aplicada pelo Juízo não é nem poder ser interpretado como inação do Estado. Tanto não o é que, caso a defesa resolva recorrer – e isso ocorre na maioria das sentenças – o Ministério Público deverá oferecer contrarrazões. E mais, caso haja a modificação da decisão condenatória pelas instâncias revisoras, nada impede que a acusação interponha os respectivos recursos.

Eis aí um dos pontos mercedores de reflexão no tocante à compreensão da regra descrita no artigo 112 inciso I do Código Penal.

2.2 OS FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO

2.2.1 Principais Teorias

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** Parte Geral 1. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 81.

A análise do conceito da prescrição penal no direito brasileiro não pode dissociar-se das teorias que inspiraram o surgimento do instituto. Sob esse ângulo, Fábio Guedes de Paula Machado descreve as mais importantes para o presente estudo.

2.2.1.1 Teoria do Esquecimento

Preceitua esta teoria que o decurso de tempo havido desde a prática do delito sem a devida condenação e a respectiva execução desta, faz com que o crime seja esquecido pela sociedade, inexistindo interesse a ser protegido.³⁴

Segundo a teoria do esquecimento, uma vez apagada a memória social pelo decurso do tempo, quanto aos fatos criminosos, desaparece também o interesse de punir do Estado.

Nesse sentido, Giuseppe Bettiol assevera:

O decurso do tempo, influi, não apenas sobre o crime mas também sobre a pena aplicada com sentença irrevogável. Desaparece o interesse social no cumprimento da pena de um condenado, quando tenha passado determinado período de tempo entre o momento em que a sentença foi irrevogavelmente pronunciada e àquele em que deveria ter início a sua execução. O esquecimento encobre tudo. Falava-se no passado de prescrição da condenação, quando não é esta que desaparece porque as penas acessórias e os efeitos penais da condenação subsistem.³⁵

2.2.1.2 Teoria da expiação moral do criminoso ou do remorso

Esta teoria, fundada no sofrimento moral, firma-se na convicção de que os remorsos, os sofrimentos sofridos pelo culpável ao longo do processo, são castigos suficientes. Impor uma pena a mais seria atentar contra o princípio *non bis in idem*. Surge, portanto, a ideia da compensação da pena pelo sofrimento, em face da aflição de da opressão havidas no transcurso do processo.³⁶

De acordo com a expiação moral, a mera submissão do suposto infrator à persecução penal já seria suficiente para impingir-lhe o sofrimento semelhante ou até superior a pena propriamente dita.

34 MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição Penal** Prescrição Funcionalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 89.

35 BETTIOL, Guisepe. **Direito Penal**. Campinas: Red Livros, 2000, p.734.

36 MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição Penal** Prescrição Funcionalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 91.

2.1.2.3 Teoria da emenda

Esta teoria sustenta que decorrido o prazo prescricional, sem que o delinquente tenha novamente infringido a norma penal, não é necessária a aplicação do castigo, pois se pressupõe que o mesmo tenha se redimido. Trata-se de uma presunção de recuperação e emenda sem a participação do Estado, inexistindo, portanto, razão para a intervenção da coerção penal.³⁷

Aqui cabe uma crítica a essa proposta teórica, pois fundamentá-la na mera presunção de que não houve a reiteração delitiva é aceitar a ideia utópica de que o Estado tem o total controle da vida dos indivíduos, acompanhando-os diuturnamente. Ressalte-se que nem nos modelos totalitários isso foi possível.

2.1.2.4 Teoria psicológica

Próxima da teoria de emenda como tese fundamentadora da prescrição, levando em consideração razões subjetivas, a presente teoria não se confunde com esta. Sustenta a mesma a ideia da alteração da constituição psíquica do culpado em razão do decurso de tempo, porque se eliminou o nexó psicológico entre o fato e o agente, pelo decurso do tempo. Assim, o infrator será outro indivíduo, diverso daquele anteriormente reconhecido como culpado, de forma que, não se justificaria a imposição da pena devida à perda de seu valor e finalidade.³⁸

Essa teoria se fundamenta em premissas extremamente frágeis, porque ao estabelecer que o principal critério é a alteração psicológica do agente afasta a necessidade de punição, enfraquecendo também as razões de existir da própria pena.

2.1.2.5 Teoria da dispersão ou do desaparecimento das provas

Essa teoria eminentemente de natureza processual afirma que com o decorrer do tempo, sem a devida comprovação do crime e de seus elementos caracterizadores, as provas do delito se perdem ou enfraquecem, verificando-se sensível prejuízo para a acusação, mormente para a propositura da ação penal e da prolação de condenação. A defesa do acusado torna-se mais precária, sendo manifesta a larga probabilidade de erro.³⁹

37 MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição Penal** Prescrição Funcionalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 92.

38 MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição Penal** Prescrição Funcionalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 93.

39 MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição Penal** Prescrição Funcionalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 96.

Embora os fundamentos dessa teoria estejam voltados a fundamentar a prescrição, muito se assemelham, no direito brasileiro, à “justa causa” para o oferecimento da denúncia.

2.1.2.6 Teoria do transcurso do tempo ou do interesse reduzido

Esta teoria traz na sua formação a singela ideia do transcurso do tempo, reconhecendo-se o instituto como fato jurídico dado a um fato natural, isto é, o próprio transcurso do tempo. Poder-se-ia afirmar que é este transcurso do tempo que originará a formação de todas as outras teorias existentes sobre o assunto, sendo esta afirmação quase lógica em razão da inércia da função estatal em impor ao infrator da norma jurídica a respectiva pena.⁴⁰

Segundo Guedes, essa teoria seria a base de todas as outras porque a mera falta do interesse de punir, sem o segundo elemento, qual seja, o decurso do tempo não implicaria necessariamente o reconhecimento da prescrição.

Com efeito, o transcurso do tempo aliado à omissão do poder institucionalizado é sem dúvida motivo suficiente para o implemento da prescrição punitiva. No entanto, a atual realidade jurídica criminal requer seja o instituto interpretado à luz da razoabilidade, a fim de preservar-se também a segurança jurídica.

Nesse contexto, faz oportuno o comentário de Paulo Queiroz. Vejamos:

Trata-se da causa mais importante de extinção da punibilidade, uma vez que é a mais frequente, podendo atingir tanto a pretensão punitiva quanto a pretensão executória. Não poderia ser diferente – a extraordinária frequência da prescrição -, haja vista que, diante do excesso de leis penais, aliado à tradicional lentidão do sistema penal, não poderia o Estado pretender ter o controle de coisa alguma, tudo a concorrer para o descrédito dos órgãos e agentes incumbidos da repressão penal.⁴¹

Em outras palavras, aquilo que no início representava uma garantia do acusado contra o poder estatal, tornou-se uma questão de política criminal.

40 MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição Penal** Prescrição Funcionalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 95.

41 QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal** Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 484.

2.1.2.7 Teoria da Política Criminal

Por fim, tem-se a teoria da política criminal. Em relação a esta, Fábio Machado salienta:

(...) e quanto à prescrição da pena, diz-se que a mesma se baseia num critério de oportunidade política. Desde os ensinamentos de Von Liszt, a concepção da política criminal passa a ser a de uma acessória do Direito Penal, possuindo como objetivo a prevenção e o combate à criminalidade. Constituindo-se nas ideias de transcurso de tempo a perda do interesse social efetivo na punição contra o indivíduo, colacionam-se a despenalização e a descarcerização como colóquios destinados a diminuir a intervenção do Estado nas relações sociais conflitivas, manifestando-se como aflição não mais imprescindível, mesmo pela recepção por parte desta mesma sociedade do não exercício do *jus puniendi estatal*.⁴²

Vê-se, portanto, que independente da denominação aplicada a uma ou outra teoria o fator tempo associado à inação do Estado estão sempre presentes, podendo também servir de fundamento para outros institutos além da prescrição. Isso se dá em função do modelo da política criminal adotada.

No Brasil, ao se delimitar os prazos prescricionais, mínimo de 3 anos e máximo de 20, acolheu-se a prescritibilidade dos crimes e das penas, afastando-se a possibilidade de submeter o particular ao poder punitivo estatal por tempo indeterminado.

2.3 Das espécies de prescrição

Embora o Código Penal vigente preveja duas espécies de prescrição, a punitiva e a executória, a pesquisa debruçar-se-á apenas nessa última, em virtude de ter sido o motivo de recente controvérsia jurisprudencial.

Luiz Regis Prado a descreve a partir dos efeitos jurídicos:

Com a prescrição da pretensão executória (ou da condenação), desaparece o direito de execução da sanção imposta. Transitada em julgado a sentença condenatória, a prescrição regula-se pela pena *in concreto*, observado o disposto no artigo 109 do Código Penal. Ou seja, irrecorrível a sentença condenatória, o curso do lapso prescricional terá por base a pena aplicada segundo os prazos

42 MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição Penal** Prescrição Funcionalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 97-98.

fixados naquele diploma, os quais aumentam de um terço se o condenado é reincidente (art. 110, caput, CP).⁴³

Desse fragmento já é possível extrair que não basta a existência da pena concretizada por meio da decisão condenatória, exsurge outro elemento qual seja, a definitividade da condenação.

Adotando o mesmo raciocínio, Damásio de Jesus acrescenta:

Com o trânsito em julgado da sentença condenatória, o direito de punir concreto se transforma em *jus executionis*: o Estado adquire o poder-dever de impor concretamente a sanção imposta ao autor da infração penal pelo Poder Judiciário. Pelo decurso do tempo o Estado perde esse poder-dever, i. e., perde o direito de exercer a pretensão executória, impropriamente chamada de “prescrição da pena” e “prescrição da condenação”.⁴⁴

À primeira vista, a questão não comporta qualquer divergência. Ou seja, o procedimento é simples. Parte-se da pena *in concreto* estabelecida na sentença, busca-se no artigo 109 e respectivos incisos o prazo prescricional correspondente e declara-se ou não a prescrição executória. Mas o ponto de partida para a contagem desses prazos só passou a ser definido a partir da reforma do Código Penal, em 1984.

À respeito disso, Mirabete comenta:

O Código Penal de 1940, ao tratar do termo inicial da pretensão executória, no artigo 110, não fez qualquer referência ao trânsito em julgado da sentença condenatória, mas a jurisprudência, diante da imutabilidade da pena concretizada (*reformacio in pejus*), considerava o trânsito em julgado o ponto de partida para o cômputo do prazo prescricional. O Código de 1984, porém, atento à interpretação jurisdicional, de modo expresso dispõe que a prescrição da pretensão executória começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação (art. 112, inciso I).

Note-se que o Código de 40 não estabelecia o marco inicial para a contagem do prazo prescricional a partir da pena aplicada na sentença

43 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 602-603.

44 JESUS, Damásio de. **Prescrição penal**. São Paulo: Saraiva 2011, p. 18.

condenatória. Consoante descreve o autor, essa tarefa coube à jurisprudência, que veio a influenciar a inclusão do artigo 112 inciso I por meio da Lei nº 7.209/1984.

Celso Delmanto a define da seguinte forma:

Nesta prescrição, a condenação já se tornou definitiva tanto para a acusação como para a defesa. Como já é reconhecida a pena concretamente aplicada ao acusado será ela que servirá para regular ao prazo prescricional, e não mais o máximo da pena abstratamente prevista em lei para o crime.⁴⁵

Consoante esclarece Delmanto, será a quantidade da pena aplicada na sentença que servirá como parâmetro para o cálculo da prescrição executória. Mas o pano de fundo reside não no cômputo da pena, mas sim no marco inicial da contagem do prazo prescricional.

Celso Delmanto menciona a definitividade da sentença condenatória, ou seja, a impossibilidade de modificá-la, para ambas as partes, acusação e defesa.

Contudo, conforme já mencionado, não é essa a disposição prevista no artigo 112, inciso I do Código Penal.

Nesse sentido, a definitividade à que se refere Delmanto alcançaria somente o *quantum* da pena, mas não serviria para definir o marco inicial da contagem da prescrição executória.

2.3.1 Prescrição retroativa

A prescrição retroativa era, nos moldes originais, a que mais beneficiava o réu, pois permitia computar o lapso de tempo anterior ao recebimento da denúncia com base na pena aplicada na sentença condenatória. Assim dispunha o § 2º do artigo 110 do Código Penal: (...) § 2º A prescrição de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.⁴⁶

Assim, caso houvesse a inércia do Estado ou do particular no tocante ao oferecimento da denúncia ou da queixa, esse prazo poderia ser considerado para efeito da prescrição com base na pena estabelecida no título condenatório.

45 DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva 2010, p.413.

46 JESUS, Damásio E. de. **Prescrição penal**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 144.

Todavia, com o advento da Lei nº 12.234 de 5 de maio de 2010, suprimiu-se a aplicação do instituto para os crimes cometidos a partir dessa data. Revogou-se o § 2º mantendo-se o § 1º com a seguinte redação:

§ 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.⁴⁷

Vê-se nitidamente a intenção do legislador de mitigar o alcance do instituto da prescrição, ante as mudanças da realidade criminal no país: excesso de leis penais e conseqüentemente, mais crimes, processos e punições.

2.3.1 Prescrição intercorrente ou subsequente

Essa espécie de prescrição também tem como parâmetro o *quantum* da pena implementada na sentença. A diferença consiste no fato de que nessa modalidade considera-se o lapso temporal entre a data da condenação e o trânsito em julgado da respectiva decisão, considerando-se as eventuais causas interruptivas.

À respeito do assunto, a autora Karina Brack comenta:

Essa espécie de prescrição tem como finalidade dar mais celeridade à intimação do réu da sentença condenatória, assim como promover o julgamento mais rápido dos recursos pelo órgão *ad quem*, exatamente porque a lentidão desses atos pode fazer com que incida a prescrição intercorrente, pelo transcurso do prazo entre a sentença condenatória e seu trânsito em julgado.⁴⁸

Eis aí um dos maiores problemas afetos à prescrição executória. Em virtude de sistema recursal brasileiro autorizar a interposição de seguidos recursos, o risco de a prescrição vir a concretizar-se aumenta consideravelmente.

Um exemplo bastante pertinente é o processo do réu Nicolau dos Santos Neto que foi denunciado em 7 abril de 2000 por haver desviado verbas públicas destinadas a construção do Fórum trabalhista da Capital paulista. Sobreveio a

47 JESUS, Damásio E. de. **Prescrição penal**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 145.

48 FAYET JÚNIOR, Ney. et al. **Prescrição penal**: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 121.

condenação em 2005, mas o trânsito em julgado só ocorreu em 2013, ou seja, oito anos depois.

Em outras palavras, caso o réu tivesse sido condenado à pena superior a 2 anos sem exceder a 4, em tese, poderia ter alcançado a prescrição intercorrente.

2.3.2 Da Prescrição retroativa antecipada

Tal modalidade, embora defendida por parte da doutrina como plausível - a exemplo de Paulo Queiroz -, não foi acolhida pela legislação penal pátria. Em linhas gerais, busca fundamentar-se na possibilidade de declarar-se antecipadamente a prescrição com base na pena hipotética. Isto é, considera-se primeiramente a pena em abstrato e os aspectos incidentes relacionados ao réu, estabelecendo-se um quantum provável, que poderá vir a ser aplicado. Com base nesses dados calcula-se a prescrição.

Os argumentos favoráveis são: a defesa dos interesses do réu, a economia processual, e a inutilidade da persecução penal, porque supostamente fadada ao fracasso.

Contrariamente, diz-se que a ausência de previsão legal, a possibilidade de modificação da condenação e a violação ao princípio da presunção de inocência desautorizam a aplicação da prescrição em perspectiva ou virtual.

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça ao editar o Verbete nº 438 da respectiva Súmula: “é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.⁴⁹

Com isso, tanto o STJ quanto o STF afastaram a possibilidade de reconhecimento da prescrição retroativa antecipada.

Mas também não se pode negar a relação desse tipo de prescrição com o modelo garantista constantemente apregoado pelos pensadores do direito moderno. Em decorrência, mostra-se indispensável a contribuição de Luigi Ferrajoli, que ao desenvolver a teoria do garantismo penal traz importante contribuição:

⁴⁹ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal** Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 494-495.

A certeza do direito penal mínimo no sentido de que nenhum inocente seja punido é garantida pelo princípio do *in dubio pro reo*. É o fim perseguido nos processos regulares e suas garantias. Expressa o sentido da presunção de não culpabilidade do acusado até a prova em contrário: é necessária a prova – quer dizer, a certeza, ainda que seja subjetiva – não da inocência, mas da culpabilidade, não se tolerando a condenação, mas exigindo-se a absolvição em caso de incerteza. A incerteza é, na realidade, resolvida por um presunção legal de inocência em favor do acusado, precisamente porque a única que se pretende do processo afeta os pressupostos das condenações e das penas e não das absolvições e da ausência de penas.⁵⁰

Do fragmento acima é possível extrair as razões pelas quais a prescrição virtual não foi acolhida pela legislação penal brasileira. Primeiro por que, conforme sustentado pelo autor, afrontaria a garantia da presunção de não culpabilidade, porquanto no sistema brasileiro incumbe exclusivamente ao Estado acusador afastá-la por meio do processo e das provas. Segundo por que ao suprimir-se o processo, estaria também se atingindo outras duas garantias, a ampla defesa e o contraditório.

Diferentemente da prescrição virtual, as demais modalidades de prescrição executória observam essas premissas e por isso não destoam da proposta garantista, contudo, já dão sinais de que necessitam ser realinhadas à realidade jurídico processual atual.

2.3.3 Da natureza jurídica

A melhor doutrina tem assentado que, embora ainda se discuta acerca da natureza jurídica da prescrição, o ordenamento jurídico a qualifica como instituto de direito material. Quem confirma essa assertiva é Cezar Bitencourt ao destacar:

Para alguns autores, a prescrição é instituto de direito material; para outros é de direito processual. Para o ordenamento jurídico brasileiro, contudo é instituto de direito material, regulado pelo código penal, e, nessas circunstâncias, conta-se o dia do seu início. A prescrição é de ordem pública, devendo ser decretada de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do interessado. Constitui preliminar de mérito: ocorrida a prescrição, o juiz não poderá enfrentar o mérito; deverá de plano, declarar a prescrição em qualquer fase do processo.⁵¹

50 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

51 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral V. 1**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 883.

Nesse contexto, o debate quanto à natureza jurídica do instituto é de somenos importância.

Na verdade, o que se tem de mais atual em relação ao instituto da prescrição executória é a discussão quanto ao marco inicial para a contagem dos prazos estabelecidos no artigo 109. Pois, a jurisprudência dos Tribunais Superiores e mais precisamente a do Supremo Tribunal Federal tem novamente influenciado a interpretação do artigo 112 inciso I à luz do princípio da presunção de não culpabilidade.

Tal cenário passou a ser construído a partir do julgamento o *Habeas Corpus* 84.078, da relatoria do ministro Eros Grau. Na oportunidade, afirmou-se impossibilidade de execução provisória da pena, primeiramente em relação às prisões cautelares, as quais passaram a assumir caráter excepcional.

Em segundo plano, o debate veio a desaguar na questão alusiva ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e conseqüentemente nas regras penais a ele relacionadas.

No que diz respeito a esse aspecto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento consolidado no sentido de que o trânsito em julgado só ocorre quando não há mais possibilidade de modificar-se, na via recursal, a decisão atacada. Assim, havendo recurso especial ou extraordinário pendente tem-se o princípio da presunção da não culpabilidade a afastar o poder punitivo do Estado.

Em face disso, o legitimado a exigir o cumprimento da punição nada pode fazer senão aguardar o momento em que poderá fazer valer seu direito. Mas isso não significa inércia, e sim impossibilidade de agir, ante a força do regramento constitucional.

3 A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA E A JURISPRUDÊNCIA DO STF e do STJ.

Sabe-se que no tocante à prescrição penal a Corte Suprema possui inúmeros julgados e súmulas a revelar, em rápida análise, que alguns pontos já se encontram pacificados. Vejamos: “A prescrição pela pena em concreto é somente da pretensão executória da pena privativa de liberdade”(Súmula 604)”.⁵²

Assim, não há se falar em prescrição de pena restritiva de direitos.

Quanto ao momento de arguição ou reconhecimento da prescrição, a jurisprudência do Tribunal também já horizontalizou o entendimento que vinha sendo defendido pela doutrina:

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 CPP. **(RE 591.599-AgR-ED-ED**, rel.min. **Dias Toffoli**, 1ª T, DJE de 29-2-2012)⁵³

Em outro julgado, a Primeira Turma do Supremo apontou o marco inicial para a contagem do prazo prescricional da prescrição executória, nos termos do Código Penal. Eis o que consignado pelo relator:

A prescrição regula-se pela pena aplicada depois de proferida a sentença condenatória, sendo que, cuidando-se de execução da pena, o lapso prescricional flui do dia em que transita em julgado para a acusação, conforme previsto no art. 112, c/c o art. 110 do CP. **(HC 110.133**, rel.min. **Luiz Fux**, 1ª T, DJE de 19-4-2012)⁵⁴

No entanto, no julgamento do agravo regimental no *Habeas Corpus* nº 107.710/SC, o Colegiado veiculou entendimento diverso em relação ao marco inicial para a contagem da prescrição executória. Assim discorreu o relator, ministro Roberto Barroso:

52 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Coletânea Temática de Jurisprudência** Direito Penal e Processual Penal. Brasília: Secretaria de Documentação, 2013, p . 247.

53 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Coletânea Temática de Jurisprudência** Direito Penal e Processual Penal. Brasília: Secretaria de Documentação, 2013, p . 248.

54 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 110.133/SC, da Primeira Turma, Brasília, DF, 9 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4132570>. Acesso em: 21 ago. 2015.

A extinção da pretensão executória pelo decurso do prazo prescricional pressupõe a inércia estatal quando já é possível sua atuação. A execução do título penal condenatório, por seu turno, só é possível após o trânsito em julgado. É certo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admitia a execução provisória da pena. Era consentânea com este entendimento a compreensão de que o termo inicial da prescrição da pretensão executória era o trânsito em julgado para a acusação.

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. Assim, melhor analisando a questão, 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 precedente desta Primeira Turma à unanimidade (Presidência do Ministro Dias Toffoli e presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux e Rosa Weber).⁵⁵

Enxertou-se, ainda, no voto a posição adotada pelo Plenário do Supremo e pela Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, relativamente ao princípio da presunção de inocência.

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.

Portanto, a norma prevista no art. 112, inc. I, do Código Penal, em face do princípio da presunção de inocência, teve o seu sentido esvaziado. O Superior Tribunal de Justiça, no mesmo sentido do precedente desta Corte, já decidiu:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO QUALIFICADO. INÍCIO DE PRAZO PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TRÂNSITO EM JULGADO PARA AMBAS AS PARTES. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A definitividade do decreto condenatório é condição para a execução da pena imposta, uma vez que não haveria como se falar em início

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 107.710/SC, da Primeira Turma, Brasília, DF, 9 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4049575>>. Acesso em: 21ago.2015.

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

2. Nesse aspecto, em observância ao princípio contido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, faz-se uma adequação hermenêutica do disposto no artigo 112, inciso I, do Código Penal, cuja redação foi dada pela Lei n. 7.209/84, sendo, pois, anterior ao atual ordenamento constitucional, de forma a estabelecer como termo inicial do prazo prescricional da pretensão executória a data em que ocorre o trânsito em julgado para ambas as partes, porquanto somente neste momento é que surge o título penal passível de ser executado pelo Estado (Doutrina de Alberto Silva Franco e Rui Stoco in Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 577).

3. "Não há que se falar em prescrição da pretensão executória, se ainda não houve o trânsito em julgado para ambas as partes" (REsp nº 252.403/PR, Rel. Ministro GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ 03/06/2002) 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1323336/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 06/11/2012).⁵⁶

Em síntese, o Supremo, ao observar o princípio da presunção de inocência, suscitou a possibilidade de readequação da regra insculpida no artigo 112 do Código Penal. Esse fato ensejou também o reconhecimento da repercussão geral do tema no Recurso Extraordinário com Agravo - ARE nº 848.107.

3.1 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A Constituição da República elenca a presunção de inocência no rol de direitos e garantias individuais previstas no artigo 5º, e nesse caso específico, no inciso LVII, que assim estabelece: "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*"

Com efeito, faz-se pertinente uma breve passagem pela Jurisprudência da Suprema Corte em relação ao princípio da presunção da não culpabilidade:

A presunção de não culpabilidade trata, mais do que um garantia, de um direito substantivo. Direito material que tem por conteúdo a presunção de não culpabilidade. Esse é o bem jurídico substantivamente tutelado pela Constituição; ou seja, a presunção de não culpabilidade como o próprio conteúdo de um direito substantivo de matriz constitucional. Logo, o direito à presunção de não culpabilidade é situação jurídica ativa ainda mais densa ou de mais

⁵⁶ Idem.

forte carga protetiva do que a simples presunção de inocência.(HC 101.909, rel. min. Ayres Britto,2ªT, DJE de 19-6-2012).⁵⁷

Na perspectiva de Ayres Britto, a presunção de não culpabilidade transcendeu o âmbito das garantias processuais, assumindo o *status* de direito individual, em regra, inafastável.

No mesmo sentido, sustentou Eros Grau no julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078, que representou o novo paradigma adotado pelo Tribunal:

A LEP condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A CB de 1988 definiu, em seu art. 5º, LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (HC 84.078, rel. Min. Eros Grau, P, DJE de 26-2-2010).⁵⁸

Em outro trecho, o relator argumentou:

A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados - não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.⁵⁹

Eros Grau refutou a argumentação contrária, segundo a qual haveria uma avalanche de recursos interpostos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo, visando protelar-se o trânsito em julgado.

Essa construção jurisprudencial objetivou inicialmente resguardar aos condenados pelas instâncias ordinárias o direito de recorrerem em liberdade. Com isso, afastaram-se as chamadas execuções provisórias, ou seja, aquelas ainda não

57 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Coletânea Temática de Jurisprudência** Direito Penal e Processual Penal. Brasília: Secretaria de Documentação, 2013, p . 78.

58 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Coletânea Temática de Jurisprudência** Direito Penal e Processual Penal. Brasília: Secretaria de Documentação, 2013, p . 79.

59 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em:<

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4049575>>. Acesso em: 22 ago.2015.

alcançadas pelo trânsito em julgado da decisão condenatória, em virtude da pendência de recursos especial ou extraordinário, ambos desprovidos de efeito suspensivo.

A doutrina também apresenta valiosa contribuição amoldando-se ao pensamento de Ayres Brito, conforme discorre Ricardo Alves Bento:

O princípio da presunção de inocência configura uma norma de direito constitucional de caráter fundamental inserida no rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana (artigo 5º da Constituição Federal Brasileira).⁶⁰

E prossegue:

Também possui a característica de um direito de natureza processual com repercussões no campo probatório, nas garantias do infrator em sede de inquérito policial, assim como no tratamento do acusado durante a instrução criminal, e na excepcionalidade das prisões cautelares.⁶¹

Vê-se, portanto a força do princípio da presunção de inocência, a influenciar não apenas a compreensão acerca das prisões provisórias, tornando-as medidas excepcionais, mas alcançando também o instituto da prescrição executória.

Entretanto, assim como não há direito absoluto também não pode haver princípio com força plena. Em recente pronunciamento, o ministro Marco Aurélio, embora defensor da presunção da não culpabilidade, já admitiu a possibilidade de mitigação do referido princípio:

(...)

Os acusados tiveram oportunidade de exercer, à exaustão, a defesa, não surgindo atropelos. O tema alusivo à individualização da pena resolve-se no campo do justo e do injusto, sendo que a presunção de não culpabilidade cede aos elementos probatórios do processo.⁶²

60 BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de Inocência no Processo Penal**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 23.

61 BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de Inocência no Processo Penal**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 23.

62 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de declaração no Recurso Extraordinário com Agravo nº 851.109/DF*. Brasília, DF, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4667950>>. Acesso em: 28 ago.2015.

A situação ora retratada, dá sinais de que o enunciado na primeira parte do inciso I, do artigo 112, do Código Penal encontra-se em descompasso com a proposta constitucional de construir uma sociedade livre justa e solidária. Pois, ao privilegiar demasiadamente a defesa, enfraquece as garantias relacionadas à coletividade.

3.2 ESTUDO DE CASO

3.2.1 Recurso Extraordinário com Agravo nº 848.107/DF.

O tema posto ao debate veicula controvérsia no tocante ao termo inicial da contagem da prescrição executória: a) se do trânsito em julgado para a acusação, conforme preconiza o artigo 112 inciso I do Código Penal ou; b) se para a defesa e a acusação.

O caso teve origem no Agravo em Execução nº 0058488-77.2013.807.0015, interposto contra decisão formalizada pelo Juízo da Vara de Execuções das Penas e Medidas Alternativas do Distrito Federal (VEPEMA).

O recorrente fora condenado à pena de 1 ano de reclusão, em regime aberto, ante a prática do crime de furto no ano de 2008.

Ao aplicar a regra do artigo 112, inciso I combinado com o artigo 109 inciso V, o juiz da execução fez ver que entre a data do trânsito em julgado para a acusação – 18/5/2009 – e a data da decisão por ele proferida, implementou-se o lapso temporal de 4 anos, autorizando portanto o reconhecimento da prescrição. Declarou-a, em 30 de setembro de 2013.

Eis alguns trechos da motivação expendida pelo Juiz da Vepema:

Ressalte-se que, embora respeite os argumentos do Ministério Público, bem como entendimento jurisprudencial diverso, este Magistrado compreende que o prazo prescricional, em se tratando de sentença penal condenatória irrecurável, ou seja, prescrição executória começa a fluir do seu trânsito em julgado da condenação para a acusação, isso nos estritos moldes do artigo 112, inciso I, do Código Penal, mesmo porque tese diversa estaria, ao meu ver, inaugurando termo interruptivo da prescrição não previsto no taxativo rol do artigo 117, também, do Código Penal. Observemos o teor do referido dispositivo legal: Art. 112 - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de

11.7.1984) I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).⁶³

Assim destacou:

Inclusive, este Juízo compreende que o instituto penal da prescrição é um dos mais odiáveis, máxime, pelo sentimento de impunidade por ele gerado; não se podendo, agora, na fase da execução penal, buscar a punição de Condenado, cuja punibilidade está extinta, isso em flagrante contrariedade a texto de lei e sob pena de constrangimento ilegal imputável a este Magistrado, sendo que, em verdade, cabia ao Estado ter providenciado o início da execução das penas dentro dos respectivos prazos prescricionais, zelando, então não só para a submissão do Apenado às disposições da Sentença condenatória, assim como de modo que os eventuais recursos fossem julgados o mais breve possível.⁶⁴

Mais adiante, colacionou a jurisprudência do Tribunal acerca do tema, acrescentando:

AGRAVO EM EXECUÇÃO - PRESCRIÇÃO EXECUTÓRIA - TERMO INICIAL - TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. I. O termo inicial da prescrição da pretensão executória é o trânsito em julgado para a acusação. Carecedor de lógica, este foi, no entanto, o critério do legislador, que deve ser aplicado em benefício do acusado. O entendimento decorre do princípio da legalidade, ao qual adstrito o aplicador penal. II. Recurso improvido. (20110020082982RAG, Relator SANDRA DE SANTIS, 1ª Turma Criminal, julgado em 01/09/2011, DJ // p.)⁶⁵

Por fim, aludiu ao posicionamento doutrinário e apontou a necessidade de observância ao princípio da legalidade:

Porém, a Reforma Penal de 1984 não alterou o sistema vigente desde 1940. Permitiu um conflito aparente entre os artigos 110, caput e 112, do Código Penal, daí a força da segunda corrente, a qual me

63 DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Vara de Execuções Penais, *Processo nº 201101121*. Brasília, DF, 30 de setembro de 2013. Disponível em: <www.tjdf.jus.brfile:///C:/Users/CANDIDO/Downloads/Ato_1022710.pdf>. Acesso em: 26 ago.2015

64 DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Vara de Execuções Penais, *Processo nº 201101121*. Brasília, DF, 30 de setembro de 2013. Disponível em: <www.tjdf.jus.brfile:///C:/Users/CANDIDO/Downloads/Ato_1022710.pdf>. Acesso em: 26 ago.2015

65 DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Vara de Execuções Penais, *Processo nº 201101121*. Brasília, DF, 30 de setembro de 2013. Disponível em: <www.tjdf.jus.brfile:///C:/Users/CANDIDO/Downloads/Ato_1022710.pdf>. Acesso em: 26 ago.2015

filio. Carecedor de lógica, este foi, no entanto, o critério do legislador, que deve ser aplicado em benefício do acusado. O entendimento decorre do princípio da legalidade, ao qual adstrito o aplicador penal. Luiz Flávio Gomes discorre sobre o tema:

Tendo em vista que o Código Penal é expresso em dispor no artigo 112, inciso I que a prescrição da pretensão executória começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação, não nos parece que o novo posicionamento possa ser considerado correto, já que deriva de uma modificação do texto legal. Interpretação contra a letra da lei. Explica-se. A prescrição é instituto que corre em favor do réu. Ou seja, na prescrição, o tempo corre contra o Estado que precisa agir rapidamente. Considerando que com o novo posicionamento do STJ a prescrição há de aguardar o trânsito em julgado não só para a acusação, mas também para a defesa, parece-nos que agora a inércia do Estado virá em prejuízo do réu. Isso porque é possível que o trânsito em julgado se dê antes para a acusação que para a defesa, logo, a prescrição se iniciará mais longe, com o quê o réu fica prejudicado. Uma coisa é interpretar a lei, outra distinta é criar uma nova norma, contra a lei. Para isso o juiz não tem legitimidade democrática. O juiz vai até onde a vontade da lei permite que ele vá. Sobretudo no âmbito penal, de aplicação restrita do princípio da legalidade, é fundamental que o juiz se atenha à letra da lei. Vários julgados já admitem a execução provisória da sentença, estando o réu preso, bastando para isso o trânsito em julgado para a acusação. Logo, há situações em que a sentença já vem sendo executada antecipadamente. Daí a pertinência do art. 112, I, do CP, que fala em trânsito em julgado para a acusação. Esse é o marco da prescrição da pretensão executória.⁶⁶

Conforme argumentou o magistrado, a intenção do legislador penal ao estabelecer a regra da prevista no artigo 112 inciso I foi beneficiar o réu e não a acusação.

Na sequência, a 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – ao desprover o Agravo em Execução interposto pelo Ministério Público – ratificou o entendimento do Juízo da execução.

Na oportunidade, o Colegiado considerou acertada a decisão combatida. Assentou que a pena estabelecida na sentença restou fixada em 1 ano de reclusão, em regime aberto, e o trânsito em julgado para acusação teria ocorrido em 18 de maio de 2009, portanto já transcorridos mais de quatro anos dessa data. Concluiu assim pela legalidade da decisão recorrida, porque observada a regra estabelecida nos artigos 109 e 112 inciso I do Código Penal.

⁶⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Vara de Execuções Penais, *Processo nº 201101121*. Brasília, DF, 30 de setembro de 2013. Disponível em: <www.tjdf.jus.br/file:///C:/Users/CANDIDO/Downloads/Ato_1022710.pdf>. Acesso em: 26 ago.2015.

Irresignado o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios interpôs Recurso Especial e Recurso Extraordinário. Ambos foram inadmitidos na origem, o que ensejou a interposição dos respectivos agravos.

No Supremo, o Plenário reconheceu a repercussão geral do tema no ARE nº 848.107/DF. Eis a ementa do acórdão:

CONSTITUCIONAL. PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO NA MODALIDADE EXECUTÓRIA. TRÂNSITO EM JULGADO SOMENTE PARA A ACUSAÇÃO. ARTIGO 112, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DO REFERIDO INSTITUTO PENAL COM O ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL VIGENTE, DIANTE DOS POSTULADOS DA ESTRITA LEGALIDADE E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, INCISOS II E LVII). QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL.⁶⁷

À unanimidade, os ministros concluíram pela relevância social da matéria submetida a exame. Conforme consignado na ementa, há de se harmonizar a prescrição da pretensão executória com os postulados da estrita legalidade e da presunção de inocência.

No que toca à presunção de inocência, já se mencionou a atual posição da Suprema Corte. E esse foi o principal motivo para a instauração da controvérsia alusiva ao marco inicial para a contagem do prazo da prescrição executória. Isso por que, de um lado tem-se o postulado da presunção de não culpabilidade, e de outro, a necessidade de observância à legalidade estrita relativamente às disposições do artigo 112 inciso I do Código Penal.

Em relação ao ARE 848.107, deve-se tecer algumas considerações. Um. O Supremo ainda não julgou o mérito do recurso, mas apenas reconheceu a repercussão geral do tema. Dois. Conforme se tem sinalizado na jurisprudência daquele Tribunal, tudo indica que se dará provimento ao recurso do Ministério Público, estabelecendo-se como marco inicial da prescrição executória a data do

67 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 848.107*, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 11 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4661629>>. Acesso em: 27 ago.2015.

trânsito em julgado para ambas as partes, acusação e defesa. Três. Abrem-se duas possibilidades para se assentar tal entendimento. Ou os ministros declaram a não recepção do artigo 112 inciso I pela Constituição, ou dão-lhe interpretação conforme a Constituição, a fim de manter-se a harmonia do sistema.

Quanto à segunda hipótese, a quem sustente que o Supremo estaria assumindo a posição do legislador ordinário. Em suma, alega-se não haver campo para a interpretação do dispositivo. Contrariamente a esta posição, diz-se que há margem interpretativa. Pois, o artigo 112 ao mencionar expressamente o 110, exigiria a interpretação conjunta de ambos, haja vista esse último mencionar no *caput* apenas o trânsito em julgado da sentença condenatória, não estabelecendo o marco inicial.

3.2.2 A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Faz-se também imprescindível o conhecimento do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, no que diz respeito à prescrição executória. A exemplo do que ocorre em outros Tribunais, lá a matéria também não se encontra pacificada. Veja-se:

HABEAS CORPUS. PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. OCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. De acordo com a redação do art. 112, inciso I, do Código Penal, o termo inicial para a contagem do prazo prescricional da pretensão executória é o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação. Precedentes. 2. A prescrição da pretensão executória, no caso, ocorre em 08 (oito) anos, nos termos do art. 110, caput, c/c art. 109, inciso V, do Código Penal. A contar do trânsito em julgado do acórdão condenatório para a acusação (art. 112 do CP) até a presente data, transcorreram mais de 08 (oito) anos, motivo pelo qual está a pretensão executória estatal atingida pela prescrição. 3. Ordem concedida para declarar a prescrição da pretensão executória no tocante à Ação Penal n.º 1999.03.99.041596-4, Segunda Vara Federal da comarca de Bauru/SP.⁶⁸

68 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 211.631/SP. Sexta Turma, Brasília, DF, 20 de setembro de 2011. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17903200&num_registro=201101517542&data=20111003&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 27 ago.2015.

Nesse julgado, em homenagem ao princípio da estrita legalidade, o Colegiado aplicou a literalidade da regra prevista no artigo 112. Sequer referiu-se à presunção da não culpabilidade.

No âmbito da Quinta Turma há entendimento diverso.

HABEAS CORPUS. ART. 33, § 3º C/C ART. 28, INCISO III, DA LEI N. 11.343/06. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. MARCO INTERRUPTIVO. EFETIVO INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA AMBAS AS PARTES. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS AO DESLINDE DA QUESTÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Na linha de precedentes desta Corte, considera-se como início do cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade o dia do efetivo comparecimento do apenado à instituição assistencial designada pelo Juízo das Execuções para o cumprimento da atividade (Precedentes). 2. O simples comparecimento do paciente em cartório para retirada de ofício e cadastramento em Programa de Prestação de Serviços à Comunidade não configura início do cumprimento da condenação, não podendo ser considerado marco interruptivo do prazo prescricional da pretensão executória (Precedentes). 3. O termo inicial da contagem do prazo prescricional da pretensão executória é o trânsito em julgado para ambas as partes, porquanto somente neste momento é que surge o título penal passível de ser executado pelo Estado. Desta forma, não há como se falar em início da prescrição a partir do trânsito em julgado para a acusação, tendo em vista a impossibilidade de se dar início à execução da pena, já que ainda não haveria uma condenação definitiva, em respeito ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 25/04/2011 Página 1 de 2.⁶⁹

Na apreciação desse *habeas corpus*, a Quinta Turma assentou que o prazo prescricional deve ser computado a partir do trânsito em julgado da decisão condenatória para ambas as partes. Conforme já comentado, o Colegiado destacou a impossibilidade de o Estado exigir o cumprimento da pena, ante a ausência de condenação definitiva.

Em pronunciamento mais recente, a Quinta Turma do STJ consignou novo entendimento, assim o resumido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OFENSA A PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. VIA

69 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 163.261/SP. Quinta Turma, Brasília, DF, 1º de março de 2011. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14137054&num_registro=201000316882&data=20110425&tipo=5&formato=PDF > Acesso em: 27 ago.2015.

INADEQUADA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. 1. Não compete ao STJ se manifestar acerca de suposta violação a dispositivos/princípios constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação de competência reservada ao STF. 2. Firmou-se nesta Corte o entendimento de que o termo inicial da contagem do prazo da prescrição executória é a data do trânsito em julgado para a acusação, e não para ambas as partes, prevalecendo a interpretação literal mais benéfica ao condenado. 3. No caso, condenado o agravado à pena de 3 (três) anos de reclusão, o prazo da prescrição da pretensão executória é de 8 (oito) anos, nos termos do art. 110, caput, c/c o art. 109, IV, do CP. O trânsito em julgado para a acusação ocorreu em 18/11/2002 (e-STJ fl. 33) e o apenado ainda não iniciou o cumprimento da pena, estando, pois prescrita a pretensão executória. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.⁷⁰

A ementa revela que nesse julgamento concluiu-se pela interpretação literal do artigo 112, inciso I, porque mais benéfica ao condenado. Na espécie, o agravante foi o Ministério Público Federal, que na tentativa de levar a questão ao Supremo aduziu no agravo matéria constitucional. Contudo, o recurso restou improvido.

O fato é que essa oscilação na jurisprudência dos Tribunais Superiores tem provocado certa insegurança jurídica.

3.3 DA APLICABILIDADE DO ARTIGO 112 INCISO I, PRIMEIRA PARTE.

Conforme já explicitado, a falta de uniformidade na aplicação do aludido dispositivo legal tem conduzido a uma zona de incerteza no tocante a prescrição da pretensão punitiva executória.

Compreende-se que o objetivo do instituto seja limitar o poder punitivo do Estado, mas a modificação inserida pela Lei 7.209/1984, a qual estabeleceu como marco inicial para a contagem do prazo, o trânsito em julgado da sentença condenatória apenas para a acusação, tem gerado dúvidas.

70 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial* nº 1.533.525/SP. Quinta Turma, Brasília, DF, 30 de junho de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=49563746&num_registro=201501209802&data=20150803&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 28 ago.2015.

Cumpra ressaltar que da década de 80 para cá muita coisa mudou, tanto do ponto de vista social quanto do ponto de vista jurídico. A Constituição Federal de 1988, reconhecendo algumas distorções anteriores, ampliou direitos e garantias.

Entretanto, sob o ângulo das relações sociais, houve a necessidade de ampliar-se também a legislação penal, ante o surgimento de novas condutas criminosas e de novas formas de praticá-las. Têm-se, por exemplo, na corrupção e no crime organizado um dos maiores problemas sociais e jurídicos da atualidade.

Com efeito, aquilo que à primeira vista pareceu ser um avanço, tem se tornado na verdade um problema, revelando insegurança jurídica e sensação de impunidade, pois ao se privilegiar a regra inculpada no artigo 112 inciso I, primeira parte, amplia-se demasiadamente as garantias individuais do réu em detrimento da coletividade. E registre-se, o fundamento maior da lei é a manutenção da paz coletiva.

Em face disso, mesmo sendo a prescrição um instituto voltado a beneficiar o réu, não pode ser interpretada desconectada do ordenamento constitucional, de modo a inviabilizar ou tumultuar atuação estatal.

Sabe-se que o Estado é o maior interessado em impedir a prescrição, especialmente a modalidade executória e para tanto empreende esforços nesse sentido. Se há pena, já houve processo, mediante o qual se facultou o exercício da ampla defesa e do contraditório. De igual modo já existe título condenatório formalizado e revisado por instância superior.

No entanto, ainda nos dias atuais veem-se mais e mais processos sendo quase eternizados cujo objetivo é, em última análise, a busca pela prescrição. Eis mais um caso divulgado na página do Superior Tribunal de Justiça:

Prescrição livra Luiz Estevão de condenação por uso de documento falso

O Ministério Público Federal (MPF) não conseguiu manter a condenação do ex-senador Luiz Estevão em processo no qual foi acusado de uso de documento falso e falsificação de documento público. Em despacho publicado nesta sexta-feira (26), o desembargador convocado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Ericson Maranhão rejeitou o recurso em que o MPF questionava o reconhecimento da prescrição no caso.

De acordo com a acusação, os documentos falsos teriam sido usados perante a CPI do Judiciário para burlar as investigações sobre o escândalo da construção do prédio do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, episódio pelo qual o ex-senador está condenado a 31 anos de prisão (decisão ainda pendente de recursos).

Luiz Estevão havia sido condenado em primeira instância à pena de três anos e oito meses de reclusão, substituída pela obrigação de prestar 1.335 horas de serviços gratuitos à Secretaria de Desenvolvimento Social do Distrito Federal. Além disso, teria de pagar multa equivalente a 900 salários mínimos da época dos crimes (julho de 1999). O Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) reduziu a pena para três anos (a ser substituída por penas restritivas de direito) e 50 salários mínimos de multa.

Conforme a pena estabelecida pelo TRF1, o prazo prescricional aplicável é de oito anos. Ao analisar o caso, em decisão do dia 11 de junho, o desembargador Maranhão verificou que, como o último fato que interrompeu a prescrição foi a publicação da sentença, em abril de 2007, o prazo de oito anos já transcorreu, o que extingue a punibilidade.⁷¹

Embora nesse exemplo a prescrição executória tenha sofrido interrupção do prazo com a publicação da sentença condenatória, não foi possível ao Estado exigir o cumprimento da pena, ante os inúmeros recursos interpostos pela defesa.

Em matéria publicada no Correio Brasiliense do dia 14 de maio de 2015, aludiu-se a esse contexto. Veja-se:

O ministro Marco Aurélio Mello, relator do recurso de Luiz Estevão no Supremo Tribunal Federal (STF), contra a condenação a 31 anos de prisão, reclamou de manobras procrastinatórias que impedem execuções de penas e garante que o processo do empresário brasiliense não vai prescrever. Marco Aurélio explica que, ao relatar um caso, não escolhe a ordem de julgamento dos processos com base na repercussão. “Não é o fato de haver um ex-senador condenado que me fará passar o recurso na frente”, explicou o ministro. “Mas matérias criminais com risco de incidência da prescrição têm preferência”, acrescentou.⁷²

71BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:<

http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/Prescri%C3%A7%C3%A3o-livra-Luiz-Estev%C3%A3o-de-condena%C3%A7%C3%A3o-por-uso-de-documento-falso>. Acesso em: 30 ago . 2015.

72BERNARDES, Adriana;MADER ,Helena, **Correio Brasiliense**, Brasília, 14 maio.

2015.Disponívelem<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2015/05/14/interna_cida_desdf,483118/relator-afirma-que-pena-aplicada-a-luiz-estevao-nao-vai-prescrever.shtml>. Acesso em: 2 set. 2015.

Observe-se que, diferentemente dos outros exemplos, trata-se de condenação superior a trinta anos, mas já com prazo prescricional em curso, e por isso sujeita à prescrição executória. O próprio relator manifestou o descontentamento com o excesso de recursos da defesa, denominando-os de manobras procrastinatórias. Não obstante seja considerada legal, tal postura revela-se contrária aos interesses da própria sociedade, que espera a devida punição aos infratores da lei.

Cumprе salientar que o mencionado processo já conta com mais de 27.000 folhas e uma década de tramitação.

Daí a necessidade de reinterpretar o instituto da prescrição executória, notadamente no que tange ao marco inicial da contagem do prazo, a fim de manter-se o equilíbrio proposto pelo ordenamento jurídico vigente, evitando-se sensação de impunidade e a insegurança jurídica.

CONCLUSÃO

O estudo permitiu compreender que o instituto da prescrição executória, notadamente a regra estabelecida no artigo 112 inciso I do Código Penal, primeira parte - a implicar a contagem do prazo inicial a partir do trânsito em julgado apenas para a acusação-, encontra-se desconectada da realidade jurídico processual atual, pois, o contexto social e jurídico no qual inserida sofreu consideráveis modificações.

Atualmente o Estado se vê às avessas com a quantidade de ações penais a envolver os mais variados crimes cada vez mais complexos a exigirem o alinhamento na forma de aplicação do instituto da prescrição executória aos demais preceitos constitucionais.

De igual modo, os exemplos veiculados na pesquisa denotam que o modelo recursal vigente eleva consideravelmente a possibilidade de extinção da punibilidade pela incidência da prescrição executória, pois, se de um lado deve-se obediência ao princípio da presunção de inocência, de outro, cria-se um quadro a revelar a existência de condenações apenas formais, em decorrência da aplicação literal do artigo 112 inciso I parte inicial.

Ademais, não obstante a prescrição executória esteja fundada em dois critérios objetivos: decurso do tempo e inação do Estado – este segundo na maioria das vezes não se caracteriza. Isso por que a suposta inércia do Estado quanto à execução da pena não decorre da falta de atuação, mas da imposição constitucional, que impede o exercício do *jus executionis*, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Além disso, demonstrou-se que, diferentemente da prescrição punitiva abstrata, na prescrição executória o Estado acusador já alcançou, por meio do processo, o título condenatório em desfavor do réu, razão suficiente para afirmar-se a permanência do interesse de punir.

Seria ilógico pensar de forma diversa, porquanto se o Estado expendeu esforços para provar a culpa, ainda que relativamente, é porque objetiva o cumprimento da pena, descabendo falar nesses casos da existência de desinteresse do ente legitimado a punir.

Em face disso, considerar como marco inicial da prescrição executória o trânsito em julgado apenas para a acusação, é quase tornar inócuas a persecução e a lei penal, e conseqüentemente abrir campo para a insegurança jurídica.

Ora, se a defesa dispõe de meios para estender curso do processo ao máximo possível, amparada pela lei e pela jurisprudência porque deixará de assim fazê-lo e aceitar resignadamente a tão indesejada pena?

Apontou-se, contudo, que a irresignação prolongada não ocorre em todos os casos, pois nem todas as pessoas possuem condições financeiras de arcar com os custos de um processo longo, mas, somente os mais abastados. Tal quadro demonstra, portanto que a aplicação do artigo 112 inciso I contribui para a violação do princípio isonomia.

Sob outro ângulo, a modificação sugerida na pesquisa em nada afronta o princípio da presunção da não culpabilidade, ao contrário, fortalece-o, pois, somente quando houver a certeza da culpa mediante a formalização do trânsito em julgado definitivo da sentença penal condenatória - frise-se, para ambas as partes – é que o Estado estará autorizado a exigir o cumprimento da sanção imposta.

Assim, conforme os argumentos expendidos demonstrou-se a necessidade de readequação do artigo 112 inciso I do Código Penal estabelecendo-se como ponto de partida para a contagem dos prazos da prescrição executória o trânsito em julgado da sentença condenatória para ambas as partes, defesa e acusação.

Por fim, espera-se que o Supremo Tribunal Federal venha a assentar esse entendimento reconhecendo a não recepção pela Constituição Federal dos termos “para a acusação” ou dê ao referido dispositivo “interpretação conforme”, a fim de pacificar a controvérsia acerca do marco inicial da prescrição executória.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal** Parte Geral V.1. São Paulo: Saraiva, 2006.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de Inocência no Processo Penal**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.

BERNARDES, Adriana;MADER ,Helena, **Correio Brasiliense**, Brasília, 14 maio. 2015. Disponível em<http://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/cidades/2015/05/14/interna_cidadesdf,483118/relator-afirma-que-pena-aplicada-a-luiz-estevao-nao-vai-prescrever.shtml>. Acesso em: 2 set. 2015.

BETTIOL, Guisepppe.**Direito Penal**.Campinas: Red Livros, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto.**Tratado de Direito Penal** Parte Geral 1.São Paulo: Saravia, 2013.

BRASIL, **Código Penal**. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dez de 1940. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 jul.2015.

_____. **Lei do Império**, de 29 de novembro de 1832.Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 13 ago.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial* nº 1.533.525/SP. Quinta Turma, Brasília, DF, 30 de junho de 2015. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=49563746&num_registro=201501209802&data=20150803&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 28 ago.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:< http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/Prescri%C3%A7%C3%A3o-livra-Luiz-Estev%C3%A3o-de-condena%C3%A7%C3%A3o-por-uso-de-documento-falso>. Acesso em: 30 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça.*Habeas Corpus* nº 211.631/SP. Sexta Turma, Brasília, DF, 20 de setembro de 2011. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17903200&num_registro=201101517542&data=20111003&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 27 ago.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Coletânea Temática de Jurisprudência** Direito Penal e Processual Penal. Brasília: Secretaria de Documentação, 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 107.710/SC, da Primeira Turma, Brasília, DF, 9 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4049575>>. Acesso em: 21 ago.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de declaração no Recurso Extraordinário com Agravo nº 851.109/DF*. Brasília, DF, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4667950>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 848.107*, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 11 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4661629>>. Acesso em: 27 ago.2015.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva 2010.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Vara de Execuções Penais, *Processo nº 201101121*. Brasília, DF, 30 de setembro de 2013. Disponível em: <www.tjdf.jus.br/file:///C:/Users/CANDIDO/Downloads/Ato_1022710.pdf.> Acesso em: 26 ago.2015.

FAYET JÚNIOR, Ney. et al. **Prescrição penal**: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JESUS, Damásio E. de. **Prescrição penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição Penal Prescrição Funcionalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, Frederico. José. **Tratado de direito penal**. Campinas: Millennium, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal Parte Geral Parte Especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal** Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro** V. 1–Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.