

A (IN)COERÊNCIA SISTEMÁTICO-AXIOLÓGICA DO TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO PENAL EXECUTÓRIA

Felipe Almeida Viégas

RESUMO

O presente artigo versa sobre o termo inicial do prazo prescricional da pretensão penal executória do Estado e sua (in)adequação sistemática e axiológica à atual arquitetura normativa brasileira. Busca-se analisar a lógica dialética dos sistemas recursal e prescricional da legislação penal, bem como sua conformidade constitucional. Parte-se da constatação de que, ao inaugurar uma nova ordem constitucional, a Constituição do Brasil de 1988 erigiu um novo paradigma jurídico, que impôs e impõe ao intérprete da lei a indispensável tarefa de (re)conduzir todo o conjunto normativo infraconstitucional às diretrizes da Lei Fundamental vigente. Um sistema, por definição, pressupõe coesão, conciliação dialógica dos elementos que o compõem. A Constituição é o elemento integrativo do sistema jurídico, irradiando a ideia de unidade da ordem jurídica. Nesta perspectiva, o aludido termo inicial, consagrado na lei penal brasileira, por pressupor a possibilidade da execução provisória da pena, destoa das premissas acima referidas, pois incompatível com um sistema conformado pelo princípio da presunção de inocência, expressamente previsto na atual Carta Política pátria. Seus atuais contornos desnaturam o instituto jurídico da prescrição em seu fundamento basilar, a inércia do titular da pretensão, mostrando-se necessária sua

adequação ao sistema jurídico-penal delineado pelo texto constitucional.

Palavras-chave: Pretensão penal executória. Prescrição penal. Termo inicial. Constituição. Presunção de inocência.

1 INTRODUÇÃO

O Estado, com a superação da vingança privada - própria das fases primevas da civilização -, avocou para si o dever de administrar a justiça, de pacificar os conflitos de interesses ocorrentes na sociedade. Na seara penal, tal administração traduziu-se no monopólio estatal do poder punitivo. Dito de outro modo, ao Estado coube o exercício, com exclusividade, do poder de sancionar o transgressor da ordem jurídico-penal.

Sob a forma do Estado de Direito, Direito e Estado se complementam e interdependem, com aquele limitando o poder deste. Nesta perspectiva, o poder punitivo circunscreve-se aos limites a ele impostos pela ordem jurídica. A equação é simples: a lei penal, ao reger a atuação estatal punitiva, a limita e, ao limitá-la, legitima tal atuação e garante o indivíduo que a ela é submetido.

A figura jurídica da extinção da punibilidade do autor do fato delituoso, por exemplo, constitui, no âmbito penal, uma das formas de limitação do poder estatal, porquanto, verificada quaisquer das hipóteses que a ensejam, importa no falecimento ao Estado da possibilidade de levar a efeito punição relativa à prática de ilícito penal àquele a quem se imputa tal prática.

O presente artigo tem por objeto de estudo uma das causas de extinção da punibilidade, qual seja, a prescrição penal, isto é, a limitação temporal ao exercício da pretensão penal estatal, com a qual o legislador limita no tempo a atividade punitiva do Estado. Enfatiza-se, todavia, no interior do espectro mais amplo da temática, a (in)coerência sistemático-axiológica do termo inicial do prazo prescricional da pretensão penal executória à luz da ordem constitucional vigente e dos princípios e fins que informam e conformam a criação, interpretação e aplicação da legislação penal infraconstitucional.

Nesse diapasão, impende assinalar, de início, que, topograficamente localizadas na Parte Geral do Código Penal Brasileiro, às regras relativas à prescrição em matéria penal sobrevieram, além de alterações legais, sucessivas ordens constitucionais, que significaram, consequentemente, sucessivos novos



paradigmas jurídicos, instaurados pelas Constituições brasileiras de 1946 e de 1967, pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969 e, mais recentemente, pela Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 (CRFB/88). Esse dinamismo da sucessão de ordens constitucionais exigiu e continua a exigir ponderação e releitura crítica, ainda que tardia, de toda a legislação infraconstitucional precedente, o que inclui o referido código, bem como o diploma processual penal, que complementa aquele no regramento da atividade punitiva do Estado.

A mais recente manifestação formal do constitucionalismo brasileiro, a Carta de Outubro de 1988, consagrou em seu ventre um extenso rol de direitos e garantias fundamentais. Estes, cuja nota de fundamentalidade é própria de seu conteúdo normativo, em sua dimensão objetiva, projetam-se sobre o direito infraconstitucional, apresentando aquilo que a doutrina convencionou chamar de eficácia irradiante, que orienta o órgão judicante em sua atividade de interpretação e aplicação do Direito, e o legislador, em sua criação.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, diante do advento de uma nova ordem constitucional, impõe uma harmonia substancial entre esta e as normas que lhe são anteriores e hierarquicamente inferiores, entre as quais se incluem as normas penais, quer formais, quer materiais.

Sob essa ótica, a atividade legiferante, assim como a judicante, constitui importante instrumento de harmonização do Direito que precede uma nova ordem constitucional. Contudo, tanto a alteração legislativa quanto a interpretação judicial podem conduzir à incoerências e ilogicidades jurídicas. Com efeito, quando um conjunto normativo interdependente é, não obstante a dependência recíproca dos dispositivos que o integram, tão somente pontual ou parcialmente ajustado aos novos ditames constitucionais, em detrimento de parte deste mesmo conjunto, ainda condicionada ao regramento primitivo, propicia-se a quebra da estrutura lógica do sistema jurídico e, consecutivamente, o surgimento de pontos de tensão normativa ou, em outros termos, a incompatibilidade de normas entre si e destas com o sistema que integram.

O *dies a quo* (termo inicial), isto é, o momento a partir do qual se inicia a contagem do lapso temporal necessário à configuração da prescrição da pretensão penal executória é um exemplo de ilogicidade jurídica, comportando, presentemente, na comunidade jurídica nacional, pelo menos duas direções interpretativas, a saber: quando do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a acusação – conforme a literalidade da



primeira parte do inciso I do art. 112 do Código Penal brasileiro - e quando do trânsito em julgado definitivo da condenação, com a formação do correspondente título judicial condenatório exequível.

A razão da dissonância ou antagonismo está na viragem interpretativa imposta pela promulgação da Constituição de 1988, que, ao consagrar o princípio da presunção de inocência em seu art. 5º, inciso LVII, extirpou do ordenamento jurídico nacional a possibilidade de execução antecipada ou provisória da pena, até então prevista na lei penal, restando, por isto, injustificado, nos dias que correm o aludido termo inicial, uma vez que a execução antecipada da pena, que lhe conferia suporte e o legitimava – visto que a prescrição possui como suposto prévio a desídia do titular que podia exercitar sua pretensão, porém não o fez -, já não mais subsiste diante de uma interpretação constitucionalmente adequada da legislação penal formal infraconstitucional.

A interpretação sistemática dos textos normativos penais ordinários, à luz do princípio da presunção de inocência, revela a ausência de coerência entre o sistema recursal penal atual e o termo inicial do prazo prescricional da pretensão penal executória, que integram o que se pode nominar de sistema de execução criminal brasileiro. Há o que se pode classificar como antinomia sistemática e axiológica, uma vez que a norma que dispõe sobre o termo em comento não apresenta uma relação direta de incompatibilidade com outra norma, mas com o sistema, hoje, conformado pelo princípio da presunção de inocência.

Nesse passo, o objetivo do presente estudo consiste, em apertada síntese, na análise da coerência sistemática e axiológica da literalidade do termo inicial do prazo prescricional da pretensão penal executória e suas consequências para a efetividade da justiça penal no Brasil.

2 TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO PENAL EXECUTÓRIA: POR UMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICO-AXIOLÓGICA E CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

Hodiernamente, consoante adiantado, a comunidade jurídica brasileira experimenta um dissenso interpretativo quanto ao termo inicial do prazo para a prescrição da pretensão penal executória. Discute-se, tanto no âmbito doutrinário como no judicial, qual o momento a partir do qual o aludido prazo prescricional teria início: se do trânsito em julgado da sentença



penal condenatória para a acusação – em conformidade com a literalidade da primeira parte do inciso I do art. 112 do Código Penal brasileiro – ou do trânsito em julgado definitivo da condenação, ou seja, tanto para a acusação quanto para a defesa.

No âmbito judicial, por exemplo, a mais alta corte do país, o Supremo Tribunal Federal (STF), não apresenta uma jurisprudência sólida e uníssona sobre a matéria, com decisões em ambos os sentidos, das quais são exemplos aquelas proferidas no Agravo Regimental n. 682.013/SP e no Agravo Regimental n. 764.385/DF.

A razão da discussão advém da mudança de paradigma da legislação penal infraconstitucional proporcionada pela promulgação da CRFB/88, que consagrou em seu bojo, de modo expresso, entre outros princípios processuais constitucionais, o da presunção de inocência, princípio este estruturante de um Estado de Direito e fundamental direito processual, cujo escopo consiste na tutela da liberdade individual. Dispõe o inciso LVII do artigo 5º da CRFB/88 que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*.

Segundo Lopes Jr. (2015), o inciso supratranscrito consagrou no ordenamento jurídico brasileiro um dever de tratamento: deve o julgador tratar o acusado como inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

À evidência, o texto constitucional veda a execução antecipada da sanção penal, isto é, sua execução em momento anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória que a impôs, visto que, vedando que pessoa qualquer seja considerada culpada antes deste marco, não poderá o Estado, por conseguinte, impingir ao acusado pena sem a prévia formação de um juízo definitivo de culpabilidade.

A prescrição da pretensão penal executória, desde sua introdução no Direito brasileiro pelo Decreto 774, de 20 de setembro de 1890, até a reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940, levada a efeito pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, sempre teve como marco inicial da contagem do lapso temporal necessário à sua configuração o trânsito em julgado da sentença condenatória para ambas as partes processuais, ou seja, defesa e acusação.

A Lei 7.209, porém, inovou a redação do Código Penal de 1940, consagrando como termo inicial do referido prazo o trânsito em julgado da sentença condenatória tão somente para a acusação, restringindo, neste ponto, o tradicional significado da expressão “trânsito em julgado”: a imutabilidade da decisão tanto para a defesa como para a acusação.



Acerca da mudança, aduz Jesus (2008) que a jurisprudência construída à época da alteração legal era no sentido de que o “passar em julgado a sentença condenatória” do artigo 112 do Código Penal de 1940 se referia à acusação, motivo pelo qual o legislador, acompanhando o movimento judicial, acrescentou ao texto a expressão “para a acusação”.

O atual texto do artigo 112 do CP, com redação conferida pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, dispõe:

Art. 112 - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:

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;

II - do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

Logo, de acordo com o texto legal, caso a acusação (Ministério Público, assistente ou querelante) se resigne com o teor da sentença recorrível ou, irresignando-se, apresente recurso que não logre provimento, haverá o trânsito em julgado da decisão em relação a ela, acusação. Neste cenário, resignando-se com o *decisum* a defesa, operar-se-á o trânsito em julgado definitivo, com a formação de título condenatório exequível, que legitimará o Estado a executar a pena.

A controvérsia objeto da presente discussão emerge a superfície quando, em quadro fático distinto, transitada em julgado a sentença penal condenatória para a acusação, a defesa não se resigna com seu conteúdo, mas, ao revés, ataca a decisão, interpondo recurso e, com isso, acessando, eventualmente, inclusive, a instância extraordinária do Poder Judiciário. Nesta hipótese, a interpretação meramente literal da primeira parte do inciso I do art. 112 do CP esvazia de sentido o instituto da prescrição, posto que esta se funda, conforme explanado alhures, na inércia daquele que detém a pretensão; todavia, na situação exposta inexistente inércia, desinteresse ou desídia, visto que, quando do início do prazo prescricional, não há formado título judicial condenatório exequível; o Estado, desta forma, não está legitimado a executar a pena imposta, vedada que é, pelo princípio constitucional da presunção de inocência, a sua antecipada e, pois, temporã execução.

Na hipótese retromencionada, constata-se que, inobstante impedido o seu titular de exercer a pretensão penal executória, por força de princípio constitucional característico de um Estado Democrático de Direito, a



legislação infraconstitucional pátria preceitua transcorrer o prazo prescricional da pretensão executória em momento anterior ao trânsito em julgado definitivo da sentença penal condenatória. Trata-se de situação anômala.

A razão da apontada incoerência entre a lei penal e o princípio da presunção de inocência reside no fato de consoante Bins (2013), apesar de a CRFB/88 ter trazido para o ordenamento jurídico brasileiro um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, dentre os quais, o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência, com profundas implicações sobre a legislação penal material e formal que a precedeu, a interpretação doutrinária e jurisprudencial do ordenamento jurídico-penal perspectivado pela nova ordem constitucional mostrou-se, em um primeiro momento, tímida, o que resultou na manutenção da interpretação pacificada acerca de dispositivos penais preexistentes, que remanesceram hígidos e inteiramente aplicáveis, ainda que incompatíveis com as garantias processuais consagradas na *Lex Mater*.

Entrementes, ainda nos anos dois mil, sucessivas inovações pontuais – as primeiras judiciais, seguidas pelas legislativas - em dispositivos processuais penais atinentes à exequibilidade provisória da pena, acabaram, inevitavelmente, por refletir no sistema de execução criminal pátrio como um todo (BINS, 2013).

Se em 1984 o início do prazo prescricional da pretensão executória com o trânsito em julgado para a acusação guardava harmonia com a possibilidade de o Estado buscar o cumprimento da sanção penal de forma provisória, após o giro interpretativo propiciado pela CRFB/88 e reconhecido pelo STF no *Habeas Corpus* (HC) 84.078, bem como a correlata alteração legal que lhe sucedeu, a harmonia deu lugar a uma incoerência sistemático-axiológica, isto é, uma contradição jurídica resultante da incompatibilidade da parte com o todo, da norma com o sistema e suas finalidades axiológicas.

Com efeito, em compasso com a nova ordem constitucional, o legislador ordinário, ao alterar a legislação penal processual, adequando-a, em parte, ao princípio da presunção de inocência, olvidou, contudo, do sistema prescricional constante da legislação penal material, mais precisamente do termo inicial da prescrição executória, agora incoerente com o sistema recursal penal interpretado à luz do referido princípio, pois como se manteve, na lei material, o termo inicial do prazo prescricional da pretensão penal executória, este prazo começa a fluir apesar de o Estado, na nova conjuntura jurídico-penal-constitucional, não mais estar legitimado a executar a pena imposta após o trânsito em julgado da sentença condenatória somente para a acusação, uma vez que contrariaria flagrantemente o princípio da presunção de inocência,



que deve pautar sua atuação.

Dessa forma, interpretando literalmente o texto normativo da legislação penal material, inafastável a conclusão de que o Estado arca com a perda de sua pretensão executória (*ius executionis*) em razão de inércia que, em verdade, não existe, uma vez que esta pressupõe a existência da possibilidade de agir recusada ou negligenciada, o que não reflete a situação do Estado na conjuntura normativa atual.

Discorrendo acerca do termo inicial da prescrição da pretensão executória e da sua indissociabilidade da inércia daquele que a titulariza, obtempera Nucci (2015, p. 591) que:

O início da prescrição da pretensão executória contra o Estado a partir do momento em que há o trânsito em julgado da decisão somente para a acusação é inconcebível, pois, ainda que se queira, não há viabilidade para a execução da pena, devendo-se aguardar o trânsito em julgado para a defesa. *Ora, se não houve desinteresse do Estado, nem inépcia, para fazer o condenado cumprir a pena, não deveria estar transcorrendo a prescrição da pretensão executória [...]* (grifo nosso).

Acerca do sentido literal do enunciado normativo, assenta Pasqualini (1999, p. 97) que:

Pela interpretação sistemático-transformadora, consegue-se enxergar mais além do sentido literal, não para desconsiderá-lo, senão que para compreendê-lo melhor, integrando-o, materialmente, ao horizonte e ao núcleo axiológico do sistema jurídico.

O que se percebe é que a interpretação sistemática e histórica levada a efeito sobre o marco inaugural do prazo da prescrição executória, ao revelar a manifesta incoerência existente entre os sistemas recursal e prescricional brasileiros, demanda uma resposta jurídica correta e adequada à Constituição, sob pena de fragilização da efetividade da justiça penal brasileira, com a frustração descabida de legítima expectativa da vítima e da sociedade de ver responsabilizado o autor do fato delituoso.

3 A CARTA DE OUTUBRO EM COLISÃO COM A LÓGICA DO SISTEMA DE



EXECUÇÃO CRIMINAL

Antes do advento da Carta de Outubro (CRFB/88) e algum tempo após, as disposições processuais penais que permitiam a execução do decreto condenatório antes do seu trânsito em julgado e vedavam a interposição de recurso contra sentença condenatória sem prévio recolhimento do réu à prisão permaneceram válidas e eficazes no ordenamento jurídico brasileiro, compatíveis com o termo inicial da prescrição executória constante da primeira parte do inciso I do artigo 112 do CP, haja vista que, quando da constatação do aludido termo, à luz da legislação processual penal pretérita, o Estado, como regra, estava legitimado a executar a pena, de modo que não executando-a, quando efetivamente reunia condições legais para tanto, e dès que preenchido o lapso prescricional estabelecido em lei, seu *ius executionis* seria fulminado pelo instituto da prescrição, porquanto verificados seus supostos prévios: a desídia ou inércia do titular da pretensão em exercê-la e o transcurso do tempo.

Disponha o *caput* do artigo 594 do Código de Processo Penal (CPP): “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto”.

Como possível extrair do enunciado do artigo 594 do CPP, a legislação processual penal brasileira não permitia (salvante as exceções por ela expressamente previstas) a interposição, pelo réu, de apelação contrária à sentença condenatória sem o início da execução antecipada da pena, com o consequente recolhimento do réu à prisão.

Em reforço à condição recursal imposta pelo artigo 594 ao réu, o *caput* do artigo 595 do mesmo diploma preceituava, *in verbis*: “se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação”.

Em consonância com aquilo já afirmado *supra*, os dispositivos do CPP citados mantiveram-se vigentes no ordenamento jurídico nacional não obstante sua manifesta incompatibilidade e afronta ao princípio da presunção de inocência, consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/88. A própria jurisprudência construída pelos tribunais pátrios acerca do tema, durante algum tempo após a promulgação da Constituição de 1988, permaneceu prestigiando o texto da legislação ordinária, em detrimento do sobredito princípio.

Nesse sentido o julgamento de HC nº 73.274/SP, em 1996, pela Segunda Turma do STF, ao reconhecer a deserção de recurso interposto como



decorrência de fuga empreendida pelo recorrente preso¹.

Contudo, ainda que tardiamente, a jurisprudência do Pretório Excelso (STF) passou a dirigir-se a uma interpretação constitucionalmente adequada, sobrepondo o princípio da presunção de inocência a qualquer disposição legal a ele contrário.

Encampando o novo entendimento do STF, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou, em abril de 2008, o enunciado nº 347 da Súmula do STJ, *in verbis*: “o conhecimento do recurso de apelação do réu independe de sua prisão”.

Diante do movimento jurisprudencial das mais altas cortes do país, o legislador, atento à interpretação consentânea à Constituição que se passou a conferir à legislação processual penal, reviu a lei, revogando de modo expresse os supracitados artigos 594 e 595, por meio, respectivamente, das Leis 11.719/2008 e 12.403/2011.

Possível concluir, pois, que ainda que protraídas no tempo as mudanças jurisprudenciais e legais de há muito insofismavelmente exigidas pela nova ordem constitucional, a coerência lógica do sistema de execução criminal relativamente ao termo de início do cômputo do prazo prescricional da pretensão penal executória começou a ser minada pela interpretação constitucionalmente adequada conferida à legislação penal infraconstitucional pelos tribunais do país e pelas alterações legais correlatas.

4 HABEAS CORPUS 84.078 E HABEAS CORPUS 126.292: O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA SEGUNDO O STF

Em 5 de fevereiro de 2009, ao julgar o HC 84.078/MG, o STF teve a oportunidade de se debruçar detidamente sobre outro aspecto da legislação processual penal brasileira colidente com o princípio da presunção de inocência: o efeito suspensivo do recurso extraordinário em matéria penal.

Sabe-se que é o artigo 637 do CPP (anterior à Constituição de 1988) que, em seu enunciado, não atribui ao recurso extraordinário efeito suspensivo; silencia e, deste modo, acena com a possibilidade de execução antecipada (pois antes do esgotamento da via recursal extraordinária) da pena imposta

¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC nº 73.274, Segunda Turma, Relator: Min. Marco Aurélio, j. 06/02/1996, DJ 19/04/1996.



em acórdão condenatório ou confirmatório de sentença condenatória.

Após entrar em vigor a atual Carta Política, o dispositivo se manteve hígido, assim como sua aplicação pelos tribunais do país. É dizer, mesmo após outubro de 1988 a jurisprudência prevalente no Pretório Excelso assentava a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, a despeito de, repise-se, o atual texto constitucional consagrar explicitamente o princípio da presunção de inocência, que culmina ao Estado o dever de não considerar culpado alguém senão após o trânsito em julgado de decisão condenatória.

Nesse sentido o teor do julgamento do HC 68.726/DF que, com relatoria do Ministro Néri da Silveira, em 28 de junho de 1991, em sessão plenária, à unanimidade, assentou não conflitar com o previsto no artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/88, depois de exauridas as instâncias ordinárias criminais, a execução antecipada da pena².

A Lei 8.038, de 28 de maio de 1990, que disciplinou a ordem dos processos perante o STJ e o STF, repetiu o preceituado pela lei processual penal em seu artigo 637, estabelecendo o recebimento de recurso extraordinário tão somente no efeito devolutivo.

Entrementes, sem embargo do entendimento então dominante, uma interpretação detida e sistemática do Direito já descortinava a sua inadequação. Para além dos princípios constitucionais da presunção de inocência e da ampla defesa, já suficientemente determinantes para a superação do entendimento, a Lei de Execução Penal exigia - em rota de colisão com o efeito não suspensivo do recurso extraordinário - o trânsito em julgado da decisão condenatória para a expedição da guia de recolhimento para a execução e, *ipso facto*, para a própria prisão (BINS, 2013).

No contexto jurídico acima exposto, por ocasião do julgamento do HC 84.078/MG, por maioria dos seus votos, em decisão plenária, o STF, superando sua tradicional jurisprudência, consagrou a impossibilidade constitucional da execução antecipada da pena - (antes do trânsito em julgado), por incompatível com o princípio da presunção de inocência³.

O cotejo do novo entendimento da Suprema Corte com o termo inicial da prescrição penal executória evidenciou mais nitidamente a

² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC nº 68.726, Tribunal Pleno, Relator: Néri da Silveira, j. 28/06/1991, DJ 20/11/1992.

³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC nº 84.078, Tribunal Pleno, Relator: Eros Grau, j. 05/02/2009, DJe 25/02/2010.



incoerência deste com o sistema de execução criminal que integra.

Nada obstante a louvável mudança interpretativa, ao arrepio do que dispõe de modo expresse o texto constitucional, diga-se de passagem, reviu o STF sua posição, quando, no julgamento do HC 126.292, por maioria de votos, firmou entendimento diverso aquele que desde 2009, com o julgamento do HC 84.078/MG, perfilhava relativamente ao efeito com que deveria ser recebido o recurso extraordinário em matéria penal⁴.

Assim, após vedar a execução antecipada da pena no julgamento do HC 84.078, retomou o STF seu entendimento pretérito, qual seja, o de que após a decisão de órgão judicial de segundo grau de jurisdição, ainda que pendente recurso de natureza extraordinária, é possível a execução da pena firmada por este órgão.

No mesmo sentido da decisão mencionada, Frischeisen, Garcia e Gusman (2015) sustentam não ser absoluta a presunção de inocência, mas passível de afastamento ou flexibilização. Seriam exemplos desta flexibilização as modalidades de prisão cautelar, que podem privar o indivíduo de sua liberdade quando existentes indícios suficientes de autoria e materialidade, desde que preenchidos algum dos demais requisitos da medida cautelar pessoal, elencados no artigo 312 do CPP. Neste prisma, arguem que afastar a presunção de inocência para privar cautelarmente alguém de sua liberdade deambulatória e, no entanto, em razão desta mesma presunção, impedir-se a execução provisória da pena, seria tratar de modo mais severo preso em regime de prisão preventiva, por exemplo, do que aquele sobre o qual paira decisão condenatória.

Outrossim, sustentam que a exigência de trânsito em julgado deve ser interpretada em consonância com outras normas constitucionais, posto que nenhuma decisão é absolutamente imutável, em face da possibilidade do manejo de revisão criminal e *habeas corpus* com caráter revisional (FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN, 2015).

Inobstante os argumentos mencionados, sem que se possa aqui aprofundar o debate, a relativização do princípio da presunção de inocência não resiste a uma análise mesmo superficial da natureza e dos contornos das figuras jurídico-penais utilizadas para defendê-la.

A crítica ao tratamento mais gravoso àquele submetido à medida

⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC nº 126.292, Tribunal Pleno, Relator: Teori Zavascki, j. 17/02/2016, DJe 17/05/2016.



cautelar privativa de liberdade olvida da natureza instrumental desta medida pessoal, pois que instrumento voltado à garantia do processo. A equiparação entre prisão cautelar e prisão decorrente de sentença penal condenatória é descabida, porquanto aquela funda-se em razões relacionadas ao processo (*fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*) distintas daquelas que informam esta última. As medidas cautelares de natureza processual penal, por exemplo, são meios vocacionados a um fim bem específico: a tutela do processo, o resguardo do seu regular desenvolvimento (LOPES JR., 2015).

Demais disso, quanto à inexistência de decisão condenatória absolutamente imutável, o que estaria a permitir a extração de um significado outro para a expressão “trânsito em julgado” que não a imutabilidade da decisão, em face da possibilidade de sua rescisão por *habeas corpus* com caráter revisional ou pela própria revisão criminal, a conclusão também não se coaduna com a natureza jurídica dos instrumentos processuais que a fundamentam. A revisão criminal é meio extraordinário de impugnação de sentença transitada em julgado; o *habeas corpus*, ação autônoma de impugnação, de natureza mandamental e status constitucional. Portanto, não se confundem com recursos, pois estes, sim, segundo Lopes Jr. (2015), constituem meios processuais destinados a anular ou modificar decisão ainda não transitada em julgado.

A revisão criminal e o *habeas corpus*, tal como expostos pelos autores, tem por objeto de ataque decisão com trânsito em julgado.

Olvida-se que apesar da coisa soberanamente julgada e, portanto, absolutamente imutável, ser própria das sentenças absolutórias quando transitam em julgado, as sentenças condenatórias também passam em julgado, não obstante, conforme adverte Marques (1997, p. 82-83), “apenas com a imutabilidade da coisa julgada comum ou simples”.

Desse modo, é possível concluir que relativamente aos limites interpretativos do texto constitucional, não andou bem a Suprema Corte, porquanto, ao ressuscitar seu antigo entendimento sobre a matéria, retrocedeu à posição adotada em momento anterior à CRFB/88 e, portanto, descompromissada com o princípio da presunção de inocência tal como explicitado na vigente ordem constitucional.

O novo entendimento, ao admitir a execução de decisões condenatórias quando ainda pendentes de julgamento recursos extraordinários a elas relativos, apesar de mitigar a incoerência sistemático-axiológica do termo inicial do prazo prescricional, admitindo a execução da pena após o segundo grau de jurisdição, não a afasta, pois este prazo continua



a ter como possível o início do seu cômputo em momento no qual o Estado continua não legitimado a executar a pena (após o primeiro grau de jurisdição), o que contraria manifestamente os fundamentos do instituto, que, associado ao fluir do tempo, tem a inércia do titular da pretensão (no caso, o Estado) como fundamento.

A relevância jurídica e social do tema exige uma resposta judicial ou legislativa com o condão de harmonizar o sistema jurídico, de modo específico o sistema jurídico de execução criminal, que para o presente estudo traduz-se na interdependência das normas dos sistemas prescricional e recursal da legislação penal.

Importa observar que os direitos fundamentais compreendidos como direitos a prestações não se identificam unicamente com direitos sociais prestacionais. Numa acepção ampla, englobam os direitos de proteção, nos quais se incluem os direitos a prestações normativas pelo Estado, mediante a edição de normas jurídico-penais, por exemplo.

Nesse diapasão, o princípio da proporcionalidade, diretriz que veda excessos e insuficiências estatais na restrição e proteção de direitos fundamentais, respectivamente, em sua feição de proibição da proteção deficiente, impõe ao Estado medidas positivas que garantam aos cidadãos o gozo dos seus direitos fundamentais, o que inclui medidas legislativas, visto que o déficit na proteção legal também a caracteriza (SARLET, 2015).

O termo inicial do prazo prescricional da pretensão penal executória viola o princípio da proporcionalidade ao não garantir de modo eficiente o direito fundamental à segurança e o direito do Estado de punir os autores de ilícitos penais (*ius puniendi*), aos quais corresponde o dever do Estado de assegurá-los, dever também realizável por meio da adequada e efetiva resposta judicial àqueles que praticaram infrações penais, para a qual se mostra imprescindível uma lei penal efetiva na tutela dos bens jurídicos mais relevantes da sociedade.

Sob a perspectiva da necessária harmonização constitucional do sobredito termo, duas propostas se afiguram juridicamente viáveis: a alteração legislativa ou a sua adequação por meio da técnica de interpretação conforme a Constituição.

De lege ferenda, em face da nova conformação infraconstitucional das normas integrantes do sistema de execução criminal brasileiro, conferida pela expressa previsão constitucional do princípio da presunção de inocência, que esvazia de sentido o instituto jurídico da prescrição penal executória em sua essência, a inércia do titular da pretensão, a redação do inciso I do artigo



112 do CP exige a modificação de sua primeira parte, de molde a restaurar a sua redação primitiva, consagrando, então, o trânsito em julgado definitivo (para ambas as partes processuais) como marco inicial do prazo da prescrição executória.

Judicialmente, a interpretação conforme a Constituição, em sede de jurisdição constitucional, apresenta-se como a mais adequada à hipótese, haja vista que o trânsito em julgado previsto pela primeira parte do inciso I do artigo 112 do CP comporta interpretação compatível com a Constituição, o que permitiria mantê-la no ordenamento jurídico sem a declaração de sua revogação, porquanto dispositivo normativo anterior à atual Constituição.

Segundo Barroso (1998), a interpretação conforme traduz-se na escolha de uma norma legal dentre outras possíveis nas interpretações possíveis do texto normativo.

Técnica de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme busca o sentido e o alcance do texto normativo que seja harmônico com a CRFB/88, porém não o mais evidente na leitura do texto, excluindo interpretações incompatíveis com aquela (BARROSO, 1998).

De outra banda, aponta Bins (2013) que o real e técnico significado do termo “trânsito em julgado” é a aquisição de definitividade por uma decisão judicial, que, desta forma, em princípio, torna-se impassível de revisão.

Assim, na perspectiva de uma interpretação conforme a Constituição e com esteio na lição de Bins acerca do significado da expressão “trânsito em julgado”, mostra-se possível, por meio de labor interpretativo, a superação da atecnia da primeira parte do inciso I do artigo 112, com o estabelecimento do sentido do termo inicial do prazo prescricional da pretensão penal executória mais adequado não só à Lei Fundamental mas à própria técnica processual, porquanto a atual redação do aludido inciso não se concilia com o sistema de execução criminal moldado pela presunção de inocência, fragilizando a efetividade da justiça penal e, conseqüentemente, o direito fundamental à segurança, em flagrante desproporcionalidade por insuficiência de proteção.

5 CONCLUSÃO

Estabelecendo a lei um prazo para que se desincumba o Estado do exercício da pretensão penal que lhe é própria – uma vez que, suplantada a nefasta vingança privada, no Estado contemporâneo, este detém o monopólio do poder punitivo –, o seu não exercício no prazo legal caracteriza inércia do



titular da pretensão, pressuposto que associado ao transcurso do tempo tem o condão de gerar efeitos prescricionais.

Em suma, portanto, são o perpassar do tempo e a inércia do titular da pretensão os supostos prévios da prescrição, de modo geral, e da prescrição de natureza penal, de modo específico.

Em consonância com os fundamentos da prescrição penal, o Estado brasileiro previa em sua legislação penal infraconstitucional, salvante algumas exceções, ao lado da prescrição penal executória, a possibilidade de execução provisória ou antecipada da pena, de forma que, em sua primitiva redação, o Código de Processo Penal condicionava a insurgência do réu contra a sentença condenatória ao seu prévio recolhimento ao cárcere, razão pela qual dispunha a lei penal material, acerca da prescrição executória, que esta teria o início do cômputo do seu prazo com o trânsito em julgado para a acusação, momento no qual estava o Estado normalmente apto ao exercício de sua pretensão executória, de modo que a não execução da pena no tempo legalmente estabelecido para tanto significaria inércia estatal no exercício de sua pretensão e, *ipso facto*, ter-se-ia fulminada pela prescrição a pretensão penal executória do Estado.

Ocorre que em 1988, quatro anos após a fixação legal do marco inicial do prazo prescricional da pretensão penal executória, um novo paradigma jurídico foi instaurado pela vigente Constituição, demandando a releitura de toda a legislação penal infraconstitucional, de molde a compatibilizá-la com as novas diretrizes constitucionais.

Todavia, o ordenamento jurídico é um sistema formado por normas, princípios e valores, cujos elementos pressupõem-se reciprocamente. Sob esta ótica, não obstante a revisão jurisprudencial e legal do sistema recursal penal olvidou-se do sistema prescricional, previsto na lei penal material, particularmente do termo inicial da prescrição penal executória, contido na primeira parte do inciso I do artigo 112 da referida lei, que permaneceu hígido, sem qualquer correção interpretativa nos moldes daquela recebida pela lei processual, adequada à dicção constitucional.

O início do aludido prazo prescricional pressupõe a efetiva possibilidade de exercício da pretensão penal executória, do contrário ter-se-ia uma teratológica prescrição sem inércia ou desídia do seu titular. Tal como posto atualmente, na legislação penal brasileira, o termo inicial da prescrição penal executória (quando do trânsito em julgado para a acusação), se o Estado se resigna com o comando condenatório, mas o condenado se insurge contra o mesmo, o início do prazo prescricional com o trânsito em julgado tão somente



para a acusação pressupõe a possibilidade inconstitucional da execução provisória da pena, que, por inexistir, pelo menos imediatamente após a decisão de primeira instância, acaba por vulnerar a eficácia do *ius puniendi* estatal e, por conseguinte, do direito fundamental à segurança.

Desse modo, a primeira parte do inciso I do artigo 112 do CP, por vulnerar a efetividade da justiça penal, não atende ao princípio da proporcionalidade em sua função de proibição da proteção deficiente, posto que dá azo à impunidade, já que insere em sistema moldado pela presunção de inocência, com o qual não se compatibiliza o termo inicial nela consignado, demandando alteração legal ou mesmo interpretação conforme a Constituição, em sede de jurisdição constitucional, para que se tenha excluído do ordenamento elemento que compromete sua integridade, uma vez que sistemática e axiologicamente incompatível com o mesmo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BINS, Denise Dias de Castro. **Termo inicial da prescrição da pretensão executória: uma releitura da primeira parte do inciso I do artigo 112 do código penal à luz do sistema constitucional e processual penal contemporâneo**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Denise_Bins.html> Acesso em: 04 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 347**. O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27347%27>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução provisória da pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal



Federal no *habeas corpus* 84.078. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 491-517.

JESUS, Damásio E. de. **Prescrição penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. vol. III. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 11. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

THE SYSTEMATIC-AXIOLOGICAL (IN) COHERENCE OF THE INITIAL TERM OF THE ENFORCEABLE CRIMINAL PRETENSION LIMITATION STATUTE

ABSTRACT

The present article is about the initial term of the State's enforceable criminal pretension limitation



statute and its systematic and axiological (in) adequacy to the current brazilian normative architecture. It seeks to analyze the dialectical logic of the appeal and limitation system of the criminal law, as well as its constitutional conformation. It starts from the constatation that, inaugurating a new constitutional order, the 1988 Constitution of Brazil erected a new legal paradigm, that imposed and imposes to the interpreter of the law the indispensable task of (re)conduction of all the infraconstitutional normative set to the guidelines of the Fundamental Law in force. A system, by definition, presupposes cohesion, dialogic conciliation of the elements that composes it. The Constitution is the integrative element of the legal system, radiating the idea of the unit of legal order. In this perspective, the alluded initial term, established in brazilian criminal law, presupposing the possibility of the provisional execution of the penalty, diverges from the premises referred above, because incompatible with the principle of presumption of innocence, expressly provided in the current Brazilian Policy Letter. Its current contours denaturated the legal institute of limitation on its basic foundation, the inertia of the holder of the claim, showing up necessary its adequation to the criminal-legal system delineated by the constitutional text.

Keywords: Enforceable criminal pretension. Criminal limitation. Initial term. Constitution. Principle of presumption of innocence.

