

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA: repercussões com o trânsito em julgado para a acusação

Maryland Dantas Bezerra Galvão¹
João Batista Machado Barbosa²

RESUMO

O presente trabalho foi desenvolvido para discutir importante polêmica sobre a Prescrição da Pretensão Executória, no tocante às repercussões decorrentes do início da contagem do prazo prescricional com o trânsito em julgado apenas para a acusação. Para tanto, utiliza o método dialético sob uma perspectiva crítica do objeto de estudo, cujo objetivo é proporcionar uma nova visão da realidade existente à luz da Constituição Federal de 1988. Em consequência, sobreveio a necessidade de harmonizar o disposto no art. 112, I, do Código Penal, com o ordenamento jurídico vigente, diante do princípio da presunção de inocência. Conclui, pois, que a interpretação literal do diploma penal não se compatibiliza com a realidade atual, de modo que o termo inicial da prescrição da pretensão executória deve ocorrer somente com o trânsito em julgado para acusação e defesa, ocasião em que o Estado pode executar a pena imposta ao condenado.

Palavras-chave: Prescrição da pretensão executória. Termo Inicial. Constituição Federal. Princípio da presunção de inocência. Alteração legislativa.

PRESCRIPTION OF ENFORCEABLE CLAIM: Repercussions as to the validity of res judicata for prosecution

ABSTRACT

This piece was developed to discuss an important and controversial aspect related to the Prescription of Enforceable Claim, insofar as the repercussions resulting from the beginning of the limitation period counting, with validity of the res judicata effect for only the prosecution. In order to achieve this goal, the dialectical method has been used to critically review the object of study. Its purpose is providing a new perspective on the current reality under the Federal Constitution of 1988. As a consequence, it has been necessary to adjust that which is set forth in Article 112, I, of the Criminal Code, to the existing legal framework, taking into account the presumption of innocence principle. Therefore, it can be concluded

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). E-mail: maryland.galvao@mprn.mp.br

² Professor Orientador do Curso de Direito do UNI-RN. Mestre em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Gestão Ambiental pela Universidade Castilla La Mancha – Espanha. E-mail: jbmb@uol.com.br

that the literal interpretation of the Criminal Code is not compatible with the current reality. For that matter, the initial term of the Prescription of Enforceable Claim must only occur after the res judicata effect takes place for both prosecution and defence, after which time the State should carry out the penalty imposed upon the convicted.

Key words: Prescription of enforceable claim. Initial Term. Federal Constitution. Principle of presumption of innocence. Legislative change.

1 INTRODUÇÃO

O Código Penal Brasileiro apresenta dois tipos de prescrição: a Prescrição da Pretensão Punitiva (PPP), que é a perda do direito do Estado de punir, e a Prescrição da Pretensão Executória (PPE), caracterizada pela perda do direito/dever do Estado de executar uma pena imposta.

O presente estudo pretende analisar a PPE, no tocante às repercussões que o trânsito em julgado apenas para a acusação pode causar, já que o Código Penal (CP), em seu art. 112, I,³ relata que a PPE começa a correr a partir dessa data, e não com o trânsito em julgado para acusação e defesa.

Para a abordagem proposta, o presente estudo encontra-se pautado no método dialético, uma vez que interpreta a dinâmica social e a confronta com as normas vigentes e os estudos sobre a temática analisada. A pesquisa é bibliográfica, na medida em que busca sua base na doutrina e na jurisprudência, no Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional, bem como em artigos e pesquisas sobre o tema. Tem caráter descritivo, visto que o tema é conhecido e pode contribuir para uma nova visão sobre a realidade existente.

Nessa perspectiva cabe, aqui, um destaque: o CP data de 1940, ocasião em que era possível executar provisoriamente a pena, após a sentença condenatória recorrível. No entanto, a partir de 2004, o Supremo Tribunal Federal (STF) passou a modificar seu entendimento, diante do princípio constitucional da presunção de inocência, insculpido no art.

³ “Art. 112. No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr: (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984)

I – do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou do livramento condicional; (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.07.1984) [...]”.

5º, LVII, da Constituição Federal (CF).⁴ Em 2009, a execução provisória da pena foi vetada definitivamente com o julgamento do *Habeas Corpus* nº 84078/MG.⁵ Assim, é preciso esgotar o último recurso, embora eventualmente o processo possa comportar prisão cautelar.

A questão que se coloca para análise é: o Estado tem o direito/dever de punir e possui um lapso temporal definido em lei para praticar esse direito, já que, constitucionalmente, em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, não se pode estabelecer crimes imprescritíveis, salvo raras exceções.⁶ Também em razão do princípio da presunção de inocência não se pode executar provisoriamente a pena. Assim, é razoável que a PPE comece a contar do trânsito em julgado para o Ministério Público ou para o querelante e, com isso, permitir que a defesa intente ações eminentemente protelatórias para ter a seu favor a extinção da punibilidade? Não é o que a sociedade espera.

A PPE pressupõe inércia do Estado; mas se o título não pode ser executado por uma vedação constitucional decorrente do princípio da presunção de inocência, e diante de recurso da defesa, como pode existir desídia por parte do Estado?

E por que em um mesmo ordenamento jurídico tem-se um Código Penal que trata a PPE da forma nominada acima e um Código Penal Militar que diz, em seu art. 126, §1º⁷, que a PPE só começa a contar do dia do trânsito em julgado para acusação e defesa?

O assunto exposto não tem entendimento pacífico nos Tribunais Superiores, bem como na doutrina e jurisprudência. A questão no Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se encontra pacificada, e seus membros aplicam a literalidade do art. 112, I, do CP. Já no STF ocorrem divergências entre Turmas e esse debate ainda deve perdurar por um bom tempo, apesar de o tema está em discussão no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 848107⁸, que teve repercussão geral unanimemente reconhecida pelo Plenário Virtual daquela Corte Suprema.

⁴ “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

[...]

⁵(HC 84078/MG, Rel.: Min. EROS GRAU. 5/2/2009, maioria. DJe 26 fev. 2010)

⁶Art. 5º, incisos XLII e XLIV, da Constituição Federal de 1988.

⁷“Art. 126. A prescrição da execução da pena privativa de liberdade ou a medida de segurança que a substitui (art. 113) regula-se pelo tempo fixado na sentença e verifica-se nos mesmos prazos estabelecidos no art. 125, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é criminoso habitual ou por tendência.

§ 1º - Começa a correr a prescrição:

a) do dia em que passa em julgado a sentença condenatória ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;

[...]”.

⁸Supremo Tribunal Federal. Plenário. ARE 848107/DF. Relator: Ministro Dias Toffoli. 11/12/2014. DJe 20 fev. 2015.

Quanto ao assunto, o Ministro Relator do processo, Dias Toffoli, destacou, em notícia veiculada no *site* do Supremo, em 26 de dezembro de 2014,⁹ que o tema não está pacificado no STF, uma vez que existem precedentes em ambos os sentidos e que, diante da densidade constitucional elevada da matéria, aquela Corte precisa consolidar sua orientação.

Sob esse prisma, é necessário procurar respostas para outros questionamentos: o Projeto de Lei do Senado nº 236/2012,¹⁰ do Novo Código Penal, não corrige tal divergência (marco inicial da PPE), apesar de a Lei Federal nº 12.234/2010 ter alterado o sistema prescricional em favor do órgão responsável pela persecução penal, ao proibir que a prescrição retroativa ocorra entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa.¹¹ E qual a influência dessa lei para a questão? O legislador corrigiu em parte quando deveria ter corrigido no todo? O ideal seria reinterpretar o art. 112, I, do CP (“adequação hermenêutica”) ou promover a devida alteração legislativa?

É preciso ter em mente o tempo que os processos aguardam julgamento nos tribunais, consagrando, em muitos casos, a impunidade, visto que é humanamente impossível dar vazão aos processos que adentram nas Cortes Superiores diuturnamente, muitos dos quais são, por vezes, recursos desnecessários interpostos pela acusação, apenas com o objetivo de não ver reconhecida a prescrição, e da defesa com o fim de consumá-la.

Assim, o objetivo do presente trabalho, portanto, é mostrar que o termo inicial da PPE não se coaduna com a realidade atual. Para tanto, será inicialmente abordado o conceito de prescrição e suas espécies, com ênfase no estudo da PPE e seus efeitos. Posteriormente, será discutido o momento histórico em que foi concebido o Código Penal de 1940, ocasião em que era possível, como mencionado, a execução provisória da pena. Acrescente-se a isso a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe o princípio da presunção de inocência e, com ele, a impossibilidade de manter o réu preso antes do julgamento do último recurso da defesa.

⁹ STF – Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=282553&caixaBusca=N>>. Acesso em 24 ago. 2015.

¹⁰ Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em 23 out. 2015.

¹¹ Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

[...].

Na sequência, um breve paralelo entre o código vigente e o Código Penal Militar para, no momento posterior, adentrar na discussão que impera no STF acerca da temática discutida, e seus reflexos na sociedade brasileira.

Por fim, são tecidas as considerações finais em que se encontra a abordagem acerca das conclusões a que chega o estudo ora proposto.

2 DA PRESCRIÇÃO

Ocorrido um fato delituoso, nasce para o Estado-Juiz a possibilidade de exercer o *ius puniendi*, que é o direito de punir o responsável pela prática de um ilícito penal, dentro de um determinado espaço de tempo, e que varia de acordo com o tipo de crime e segundo critérios do máximo de pena cominado em abstrato de pena privativa de liberdade. Transcorrido esse período estabelecido em lei, ocorre a perda desse direito constitucional, e acontece a extinção da punibilidade, prevista no art. 107, IV, do Código Penal.¹²

A prescrição pode ser definida como a perda do direito de punir do Estado, em razão do seu não exercício dentro de certo lapso temporal. Destaque-se que a regra geral da prescritibilidade das infrações penais não é absoluta, uma vez que a Constituição Federal de 1988 declara serem imprescritíveis a prática do crime de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, esculpido em seu art. 5º, XLII e XLIV (MASSON, 2013).

Para o imortal mestre do Direito Civil (BEVILÁQUIA, p. 268 apud DOTTI, 2012, p. 791), “A prescrição é a perda de ação atribuída a um direito e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo.

Jesus (2011), enfatiza que o instituto da prescrição tem tríplice fundamento: o decurso do tempo (teoria do esquecimento do fato), a correção do condenado; e, a negligência da autoridade. Pela primeira razão, considera-se o desinteresse estatal de apurar um fato ocorrido há anos. Sob o segundo aspecto, a prática de novo delito demonstra a incorreção do condenado; e, por fim, tem-se a inércia da autoridade pública como um castigo a sua negligência.

¹² Art. 107. Extingue-se a punibilidade:

[...]

IV – pela prescrição, decadência ou preempção;

[...]”.

Do exposto, tem-se que um dos principais motivos do instituto da prescrição baseia-se na segurança jurídica ao responsável pela infração penal, visto que o Estado deve atuar com zelo e celeridade, conforme estabelece o art. 37, *caput*, da Carta Magna.¹³

Com isso, não parece razoável que o infrator permaneça o resto da vida com uma *faca no pescoço* aguardando que o Estado venha a cumprir seu papel. No mais, a pena deve ser aplicada o mais próximo possível da data do delito, pois, assim, tanto mais justa e útil será (BECCARIA, 2005).

Por tratar-se de instituto de direito material, incide o limite da legalidade, motivo pelo qual alguns doutrinadores enfatizam que não há espaço para interpretação diversa, por mais que não haja concordância unânime. É lei, e lei penal.

Para o ordenamento jurídico brasileiro, a prescrição é matéria de ordem pública, devendo, a despeito do art. 61 do Código de Processo Penal (CPP),¹⁴ ser declarada de ofício pelo juiz em qualquer tempo e grau de jurisdição, ou por meio de requerimento de qualquer das partes (Ministério Público, querelante, ou réu).

São duas as espécies de prescrição da atual legislação penal: a prescrição da pretensão punitiva (PPP) e a Prescrição da Pretensão Executória (PPE). Interessa-nos, neste estudo, mais especificamente, a PPE, contudo, faz-se pertinente discorrer sobre ambas a fim de propiciar uma melhor compreensão sobre o tema ora abordado.

2.1 DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

Hipótese prevista no art. 109 do Código Penal,¹⁵ a prescrição da pretensão punitiva ocorre sempre antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória, uma vez que o lapso prescricional está diretamente vinculado à pena máxima cominada em abstrato. Assim, praticado o crime, surge o conflito entre o direito do Estado de punir e o direito de liberdade

¹³.. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...].

¹⁴.. Art. 61. Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.

Parágrafo único. No caso de requerimento do Ministério Público, do querelante ou do réu, o juiz mandará autuá-lo em apartado, ouvirá a parte contrária e, se o julgar conveniente, concederá o prazo de cinco dias para a prova, proferindo a decisão dentro de cinco dias ou reservando-se para apreciar a matéria na sentença final.

¹⁵.. 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 de pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

[...].

do indivíduo. Se houver morosidade no processo, o Estado-Juiz poderá perder o direito de condenar o agente, mesmo diante do cometimento de um fato típico, ilícito e culpável (BITENCOURT, 2014).

Ressalte-se que ocorrendo a prescrição da pretensão punitiva, o agente tem a seu favor a eliminação de todos os efeitos do crime. É como se o ilícito nunca tivesse existido, uma vez que é preservada a primariedade do réu.

2.2 DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

O foco principal deste estudo é a PPE, no tocante às repercussões que esse instituto pode produzir no processo penal.

Inicialmente, esse tipo de prescrição ocorre após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e regula-se pela pena aplicada em concreto, conforme disposto no art. 110 do Código Penal.¹⁶ Aqui, cabe destacar que a interpretação do *caput* desse artigo deverá ser conjugada com o seu § 1º, após a redação dada pela Lei nº 12.234/2010. Com isso, no caso de ambas as partes recorrerem, Ministério Público e defesa, a sentença ainda não transitará em julgado, uma vez que poderá haver modificação na parte dispositiva, elevando-se, com isso, a pena aplicada e possivelmente o prazo prescricional. Contrariamente, caso o Ministério Público esteja satisfeito com a pena imposta e não recorra, ou mesmo tendo seu recurso improvido, a contagem do prazo prescricional pode ser iniciada com base na pena concreta imposta na sentença (GRECO, 2013). É nesse momento que acontecem as grandes discussões sobre os contornos da PPE.

Condenado o réu, o Estado tem um prazo para iniciar a execução da pena, em caso de não ter havido recurso, como mencionado, por parte da acusação. O art. 112, I, do CP, conceitua, em sua primeira parte, que a prescrição após a sentença condenatória irrecorrível começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação. Aqui se percebe claramente que, pela literalidade do inciso I desse diploma, não é necessário

¹⁶ Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

[...].

haver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, para acusação e defesa (MIRABETE; FABBRINI, 2014).

Para o doutrinador Jesus (2011, p. 121):

A jurisprudência, apreciando o texto do primitivo CP de 1940, decidiu que a expressão “do dia em que passa em julgado a sentença condenatória” se referia à acusação, prescindindo-se até de intimação ao réu. Daí a reforma penal de 1984 haver acrescentado ao texto a expressão “para a acusação”.

Fazendo uma breve análise, como pode correr a prescrição se não houve inércia por parte do Estado? O órgão estatal está impedido de agir; não houve negligência, partindo-se da premissa de que ainda não existe o título executivo judicial, que é formado com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A questão controversa surge exatamente nos casos em que a defesa recorre da condenação, estando a acusação satisfeita com a pena imposta. Com isso, o prazo da prescrição começa a correr para o Estado. É por este motivo que se discute no STF a questão acerca de que momento se conta o marco inicial da PPE. A divergência levou essa Corte Suprema a reconhecer a repercussão geral no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 848107, como será visto adiante.

No Estado Democrático de Direito, é dever do Estado dar eficiência ao Direito Penal. Para tanto, o órgão estatal deve dar ao réu o direito de ser julgado num prazo razoável. Igualmente, este direito fundamental, de obter o resultado do julgamento de forma que a tutela penal não se torne vazia, também deve ser conferido à sociedade.

Constata-se, assim, que a situação é de desigualdade entre as partes, visto que, no conflito entre o *jus puniendi* pertencente ao Estado e o *jus libertatis* pertencente ao réu, há desconformidade do primeiro em relação ao segundo, à luz do Princípio da Igualdade (art. 5º, CF), em que “todos são iguais perante a lei”. Ademais, as partes devem dispor das mesmas oportunidades, e *das mesmas armas*. A igualdade e a paridade de armas constituem pressupostos para a efetiva participação dos atores no processo.

À luz desse entendimento, vale transcrever o posicionamento de Nucci (2013, p. 611):

Termo inicial da prescrição da pretensão executória: é a data do trânsito em julgado da sentença condenatória, para a acusação. No entanto, é inconcebível que assim seja, pois o Estado, mesmo que a sentença tenha transitado em julgado para a acusação, não pode executar a pena, devendo 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).

Por conseguinte, resta evidenciado que o Estado pode ser impedido de executar a pena por conta da extinção da punibilidade pela prescrição, mesmo não quedando inerte no seu dever de punir.

3 O CÓDIGO PENAL DE 1940

O Código Penal Brasileiro data de 1940, durante o período republicano. O projeto apresentado em 1937, por Alcântara Machado, para substituir o Código Penal de 1890 (bastante atrasado em relação à ciência do seu tempo) foi sancionado por Decreto como Código Penal, passando a vigorar desde 1942, até os dias atuais (PRADO; CARVALHO, E. M.; CARVALHO, G. M., 2015).

Verifica-se, assim, que se em 1940 o código vigente à época, que era de 1890, encontrava-se defasado para o seu tempo, imagine-se, então, um código que está no ordenamento jurídico brasileiro há aproximadamente 73 (setenta e três) anos? Como citam os doutrinadores Mirabete e Fabbrini (2014), a reforma penal produzida na parte geral do código em 1984 não modificou o marco inicial da PPE. Ao contrário, a exposição de motivos dessa lei deixa muito claro que a PPE tem como termo inicial o dia do trânsito em julgado para a acusação, apenas. Assim, passada em julgado para o Ministério Público a sentença condenatória, o tempo da pena não pode ser aumentado, em razão da impossibilidade da revisão *pro societate*.

O diploma citado, ao tratar do princípio do estado de inocência, esclarecia que a pena não podia ser executada enquanto não transitado em julgado a sentença penal condenatória. Somente depois de tornar-se irrecorrível, é que o Estado poderia agir. No entanto, mesmo encontrando óbice na regra, executava-se provisoriamente a pena que, apesar de sua possível natureza cautelar (muito contestada por alguns doutrinadores), também possuía natureza de execução provisória, visto que era permitida ao preso a progressão de regime e demais benefícios da execução.

Pacelli (2015), enfatiza que as prisões decorrentes de sentença recorrível, na ordem jurídica precedente, não guardavam qualquer compromisso com a cautelaridade; eram verdadeiras execuções.

Apesar das dissidências nesse contexto antecedente, a regra do art. 112, I, do CP estava ajustada àquela realidade, pois, apesar de o marco inicial da PPE ser o dia do trânsito em julgado para o Ministério Público, o Estado-Juiz podia fazer valer o seu direito e dar início

à execução da pena, não quedando inerte no seu dever de punir o responsável pela infração penal.

Essa perspectiva começou a mudar com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também chamada constituição cidadã. Situada no topo do ordenamento jurídico brasileiro, serve de parâmetro de validade a todas as espécies normativas.

A novel Carta trouxe grande discussão quanto à persistência da prisão inculpada no art. 594 do Código de Processo Penal,¹⁷ decorrente da sentença condenatória. Boa parte dos doutrinadores sustentava que essa espécie prisional estava em desacordo com a cláusula constitucional da presunção de não culpabilidade, razão pela qual defendiam que a CF havia revogado esse tipo de prisão.

Nunes (2012) conceitua que na prisão preventiva há apenas a plausibilidade da afirmação contida na peça em relação à culpabilidade do acusado. Já a prisão sujeita a modificação por força de recurso interposto pela defesa, nos termos do art. 594 do CPP, amparava-se em juízo de certeza não apenas quanto à materialidade do ilícito, mas também em relação à autoria e à culpabilidade. Com efeito, o incriminado era responsabilizado, mesmo sabendo que o seu recurso poderia vir a ser acolhido.

Pois bem: o Princípio da Presunção de Inocência aboliu a submissão do réu à execução provisória de pena, apesar de tanto o STJ quanto o STF, inicialmente, terem expressado, mediante diversos pronunciamentos, que a medida não conflitava com esse dispositivo.

Interessante se faz registrar que o STJ publicou a Súmula nº 9, em 1990, com a seguinte redação: “A exigência de prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.

Uma coisa é certa: a Lei nº 12.736/12, ao dar nova redação ao art. 387 do CPP,¹⁸ deixou bastante claro que, com a prolação da sentença, o juiz deverá informar se é o caso de prisão preventiva ou outra medida cautelar, de forma fundamentada, em uma das hipóteses do

¹⁷ Art. 594 na redação da Lei 5.941, de 22 de novembro de 1973: “Art. 594. 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”.

¹⁸ Art. 387. O Juiz, ao proferir sentença condenatória:

[...]

§ 1º O juiz decidirá, fundamentalmente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta. (Redação dada pela Lei nº 12.736/2012);

[...]”.

art. 312 do CPP.¹⁹Seja como for, o legislador, com a lei citada, revogou expressamente o art. 594 do CPP.

4 A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A Carta Política de 1988 foi precedida por constantes violações a direitos e garantias fundamentais, e o instituto da execução provisória da pena sempre foi muito controvertido em face da garantia constitucional do princípio da presunção de inocência.

Como bem fundamentou Dotti (2012), desde 1992, no Brasil, vige a presunção de inocência internalizada no Pacto de São José da Costa Rica (Decreto Federal nº 678, de 06 de novembro de 1992). No entanto, transitada em julgado a sentença condenatória para a acusação, o réu poderia ter decretada sua prisão, principalmente, se o recurso interposto não fosse dotado de efeito suspensivo, o que é o caso dos recursos especial e extraordinário, conforme se deflui do art. 497, primeira parte, do Código de Processo Civil (CPC).²⁰

À vista desse dispositivo, Assis (2014) preleciona que o art. 542, § 2º, do CPC,²¹ só reforça a ideia da inexistência desse efeito aos recursos nominados. Desse modo, admitia-se a execução provisória, que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em razão da impossibilidade de a quantidade de pena estabelecida nessa sentença ser reformada, já que vedada a *reformatio in pejus*. No mais, em caso de não provimento do recurso de defesa, o réu já poderia usufruir do regime menos grave e da progressão de regime antecipada.

Esse era o entendimento tanto do STF como do STJ. Para as Cortes Superiores, o princípio da presunção de inocência não constituía óbice à execução provisória da sentença. Ademais, o STF manifestava-se no sentido de que o postulado não impedia a prisão após a sentença, pelo fato de o nome do réu não ser lançado no rol de culpados antes do trânsito em

¹⁹-Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

[...].

²⁰-Art. 497. O recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença; a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no art. 558 desta Lei.

²¹-Art. 542. Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contra-razões.

[...]

§ 2º Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

[...].

julgado da sentença penal condenatória. Com isso, reconhecia a legitimidade da exigência do recolhimento à prisão para interposição de recurso que era desprovido de efeito suspensivo.

A CF de 1988 prevê, em seu art. 5º, LVII, dentre o rol de direitos e garantias fundamentais, o princípio da presunção de inocência, também chamado de princípio do estado de inocência ou da não-culpabilidade, com a garantia de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Conforme se presume, os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais, postulado basilar do Estado Democrático de Direito.

Segundo ensina Fernandes (2002), na evolução indivíduo-estado houve necessidade de ser fixada uma ordem processual-penal garantista, impondo ao Estado e à própria sociedade o respeito aos direitos básicos dos indivíduos, de forma que o processo penal fosse interpretado à luz da Constituição da República.

Sob esse prisma, o ordenamento constitucional brasileiro deve conferir ao indivíduo garantias que o protejam contra eventuais abusos do Estado, permitindo, com isso, que o sujeito possa defender-se em liberdade, só podendo ser tolhido em seu direito de ir e vir a partir de um juízo de certeza. Para tanto, o investigado ou acusado não pode ser considerado culpado, e a garantia que o acompanha é a presunção de inocência.

Nesse sentido, cita o doutrinador Pacelli (2006, p. 32), *in verbis*:

Afirma-se frequentemente em doutrina que o princípio da inocência, ou estado ou situação jurídica de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do iter persecutório, pode sofrer restrições fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual presença de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada.

Ainda com supedâneo nesse princípio basilar, doutrinadores reforçaram a tese de que a execução provisória não se coadunava com os preceitos constitucionais de garantia à liberdade do cidadão, perdendo seu fundamento de validade. Nesse desiderato, o Estado não teria legitimidade para encarcerar o indivíduo ainda não considerado *culpado*, para cumprimento de uma pena que poderia ser cancelada.

Para Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 637), “o cerceamento preventivo da liberdade não pode constituir um castigo àquele que sequer possui uma condenação definitiva contra si”, no mais, relatam “que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana”.

À vista do exposto, é corrente o entendimento de que a *Constituição Cidadã* previu hipóteses excepcionais de restrição de liberdade por meio das prisões cautelares, admissíveis se pautadas no binômio necessidade/fundamentação, não confrontando com o postulado da presunção de inocência.

Ademais, registre-se que a Lei nº 7.210/84 – Lei de Execuções Penais – exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e se sobrepõe ao art. 637 do CPP,²² que admitia a execução provisória da sentença e que para a corrente majoritária não foi recepcionado pela Carta Magna.

Outrossim, o direito fundamental à ampla defesa abrange, além do direito do acusado de se defender em liberdade, o de impugnar decisões que lhes são desfavoráveis (direito ao duplo grau de jurisdição).

Com efeito, o direito ao duplo grau restou positivado no ordenamento jurídico brasileiro em nível supralegal com a ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

De igual modo, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992) diz que “Qualquer pessoa declarada culpada de um delito terá o direito de apelar da decisão e depois para uma instância superior, em conformidade com a lei” (art. 14.5).

Percebe-se, claramente, que a interposição de recurso condicionado ao recolhimento à prisão nega ao acusado o duplo grau de jurisdição. Com isso, tem-se que, enquanto pendente recurso manejado pelo réu, ainda que sem efeito suspensivo, a liberdade só pode ser restringida se efetuada a título cautelar.

Sob esse norte, a antecipação da execução penal não se ajusta à regra constitucional vigente, notadamente, o Princípio da Presunção de Inocência. À luz do STF, desde 2004, com o julgamento do HC nº 84677/RS,²³ em 23/11/04, essa temática vinha sendo superada, e a prisão do condenado só podia ser efetuada depois do julgamento do último recurso. Igualmente, o STJ uniformizou seu entendimento ao editar a Súmula nº 347, assim redigida: “O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”.

Esse entendimento foi sedimentado pelo STF no julgamento histórico, pelo Pleno, do HC nº 84078/MG, em 05/02/09, que se encontrava com o relator para julgamento desde 2004.

²² “Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”.

²³ (STF – HC 84677/RS, Rel. Min. EROS GRAU, Rel. p/ac. Min. CEZAR PELUSO, DJ 8/4/2005, p.26)

Por sete votos a quatro, os ministros entenderam que a execução provisória da prisão não podia ser feita, enquanto houvesse recursos pendentes. Eis a ementa do julgado que foi um marco da impossibilidade de execução provisória de pena no Brasil:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que ‘[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença’. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’.

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: ‘Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente’.

6. 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.

7. No RE 482.006, relator o Ministro LEWANDOWSKI, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque – disse o relator – ‘a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição’. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.

Ordem concedida.

(HC 84078/MG, Rel.: Min. EROS GRAU. 5/2/2009, maioria. DJe 26 fev. 2010)

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB),²⁴ à época, divulgou nota acerca da decisão:

A decisão do Supremo Tribunal Federal, de defender o princípio da liberdade do acusado até que a sentença transite em julgado, é coerente com os fundamentos do Estado democrático de Direito. Mas impõe ao Judiciário brasileiro um desafio inadiável: o de tornar mais céleres os julgamentos.

No quadro atual, em que os processos levam anos tramitando nas diversas instâncias, a sociedade teme os efeitos de tal decisão. Ela está correta no mérito, pois seria injusto atribuir o ônus da saturação estrutural do Judiciário ao cidadão, impondo-lhe a prévia privação da liberdade – o bem mais precioso do ser humano –, enquanto aguarda, por anos, o trânsito em julgado de seu processo.

O tema recoloca em pauta, com urgência máxima, a reforma do Judiciário, aprovada apenas parcialmente há quatro anos pelo Congresso. Há bem mais a reformar.

É preciso dotar o Judiciário de meios materiais mais consistentes, de modo a permitir que julgue com a agilidade que o princípio da justiça requer. ‘Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta’, já advertia Ruy Barbosa.

Embora tenha nos últimos anos edificados prédios luxuosos, o anacronismo estrutural do Judiciário, com escassez de juízes e número insuficiente de servidores concursados e equipamentos – há comarcas que ainda usam máquinas de datilografia e outras em que nem isso há –, retarda a aplicação da justiça, desgastando-a perante a sociedade. E sem justiça, sabemos todos, não há democracia digna desse nome.

5 O DIREITO PENAL ESPECIAL – CÓDIGO PENAL MILITAR

A Justiça Militar foi criada em 1808, com o nome de Conselho Supremo Militar, sendo a mais antiga do Brasil. Divide-se atualmente em duas esferas: da União, com competência para julgar militares das Forças Armadas, e dos Estados, que julga integrantes das forças auxiliares: Polícia Militar e Corpo de Bombeiros.

Para Dotti (2012, p. 88) “O Direito Penal especial é o que se aplica a uma classe ou categoria de pessoas, em razão da sua qualidade ou da situação especial em que se encontram”. No ordenamento jurídico brasileiro, o Direito Penal militar é lei especial, visto que regula as hipóteses de crime militar em tempo de guerra ou de paz.

²⁴ OAB – ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. Nota do Presidente Cezar Britto.

Decisão do STF liberando condenado exige julgamento rápido. Disponível em:

<www.oab.org.br/noticia.asp?id=15856>. Acesso em: 22 set. 2015.

O Código de Processo Penal distingue o Direito Penal comum do Direito Penal especial, baseado na natureza do órgão estatal encarregado de prestar a jurisdição. No concurso entre uma e outra prevalece à jurisdição especial (art. 78, IV).²⁵

No tocante ao termo inicial da contagem do prazo da PPE, viu-se anteriormente que se inicia no dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação. Tal dispositivo não é aplicável aos crimes militares para cômputo do termo inicial da prescrição, uma vez que o Código Penal Militar, em seu art. 126, § 1º, *a*, preceitua que a prescrição começa a correr “**do dia em que passa em julgado a sentença condenatória** ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional”. (Grifo nosso).

Ora, como pode um mesmo ordenamento jurídico disciplinar o instituto da PPE, quanto ao seu marco inicial, de maneiras distintas? O texto máximo da República dispõe em seu art. 5º, *caput*, sobre o princípio constitucional da igualdade, que prevê que a lei deve garantir tratamento isonômico a todos os seres humanos, vedando diferenciações arbitrárias não justificáveis pelos valores constitucionais.

Esse dispositivo constitucional atua em duas vertentes: igualdade perante a lei (igualdade formal) e igualdade na lei (igualdade material). A primeira vertente diz que o direito deve ser aplicado pelo juiz de maneira uniforme ao caso concreto, de modo igualitário. O art. 125, I, do CPC,²⁶ expõe que o juiz deve dirigir o processo e velar pela igualdade das partes; por sua vez, a igualdade na lei significa que as normas não devem conhecer distinções arbitrárias de qualquer natureza, exceto as constitucionalmente autorizadas. Extrai-se, com isso, que o direito à igualdade processual (formal e material) é o suporte do direito à paridade de armas no processo.

A diretriz da igualdade deve limitar a atividade legislativa, de modo que o legislador não edite normas de desequiparações abusivas entre as pessoas, colocando-as em situações diferentes, de forma desigual. Vale destacar que o princípio constitucional da igualdade, exposto no art. 5º da Carta Magna, é norma de eficácia plena, cujo cumprimento independe de qualquer norma regulamentadora, nesse sentido, não se pode tratar desigualmente os iguais, no sentido daqueles que se encontram numa mesma situação jurídica.

²⁵ “Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:
[...]

IV – no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta”.

²⁶ “Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:
I – assegurar às partes igualdade de tratamento;
[...]

Conclui-se, no caso em tela, que o sujeito comum e o militar gozam de tratamento diferenciado no tocante ao termo inicial da PPE, visto que para o sujeito comum, a PPE começa a correr com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a acusação, mesmo que a defesa interponha recurso com o objetivo de diminuir a quantidade de pena imposta ou mesmo de fazer com que o réu seja declarado inocente. Registre-se que esse recurso pode demorar anos para ser julgado, e que nesse tempo pode ocorrer a prescrição com a consequente extinção da punibilidade. Observa-se que tal situação não ocorre com o sujeito militar, visto que a PPE só começa a correr com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, para acusação e defesa.

Nessa situação, se a defesa recorrer da sentença, a prescrição não se inicia enquanto não for julgado o último recurso. Nesse contexto, dificilmente o militar teria a seu favor a extinção da punibilidade pelo instituto da PPE, a não ser que o Estado ficasse inerte e não exercesse o seu dever de punir.

Registre-se, com isso, que a desigualdade entre esses sujeitos perante o Estado Constitucional é flagrante. Conforme preleciona Marinoni e Mitidiero (2012, p. 641), “O processo só pode ser considerado justo se as partes disporem das mesmas oportunidades e dos mesmos meios para dele participar”.

6 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO AO TERMO INICIAL DA PPE

Como já adiantado no item quatro deste trabalho, é pacífico na jurisprudência pátria que a pena não pode ser executada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, em razão do princípio constitucional da presunção de inocência. Questão, essa, ainda controversa, conforme visto no item antecedente, diz respeito ao termo inicial da PPE.

Destaca-se que está em discussão no STF relevante debate acerca da necessidade, ou não, de redefinição do marco inicial da PPE. Trata-se de Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 848107, interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios (MPDFT) contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), que reconheceu como termo inicial da contagem da PPE o trânsito em julgado para a acusação, com base na literalidade do art. 112, I, do CP.

O MPDFT entende que, diante do dispositivo constitucional da presunção de inocência, é impossível executar a pena antes do trânsito em julgado em definitivo. Com isso,

a discussão gira em torno da contagem do prazo para a PPE, se deve começar do trânsito em julgado apenas para a acusação, ou se para acusação e defesa.

Diante da relevante questão, o ARE nº 848107 teve repercussão geral reconhecida, à unanimidade, pelo Plenário Virtual do Excelso STF, conforme se depreende do informativo STF publicado em 26/12/14, e o recurso encontra-se com julgamento de mérito pendente nessa Corte Suprema.

Necessário aqui fazer uma breve síntese do instituto da repercussão geral. De competência exclusiva do STF, tem por finalidade delimitar a competência desse Tribunal Superior às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa.

Para Assis (2013), a Emenda Constitucional nº 45/04 incluiu a necessidade de a questão constitucional, trazida nos recursos extraordinários, possuir repercussão geral, como maneira de uniformizar a interpretação constitucional sem exigir que o STF decida vários casos idênticos sobre a mesma questão constitucional. O objetivo principal do julgamento de recursos em repercussão geral é a padronização de procedimentos no âmbito do STF e demais órgãos do Poder Judiciário, como meio de atender os objetivos da reforma constitucional e garantir segurança jurídica aos problemas propostos pelos jurisdicionados.

Pois bem, após breve consideração sobre o instituto da repercussão geral, voltamos à polêmica questão do marco inicial da PPE.

Atualmente, o STJ, legalista, possui jurisprudência sedimentada sobre o assunto, e mantém a interpretação literal do dispositivo constante do art. 112, I, do CP, no sentido de que a pretensão executória surge com o trânsito em julgado apenas para a acusação. Já no STF a questão não se encontra pacificada, uma vez que temos julgados nos dois sentidos, assentando o início da PPE com o trânsito em julgado apenas para a acusação e outros com o trânsito em julgado para acusação e defesa.

Analisaremos, adiante, as divergências entre Turmas dessa Corte, inicialmente com julgamentos da Ministra Rosa Weber, da Primeira Turma:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SÚMULA 699/STF. AGRAVO INTENESTIVO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. INOCORRÊNCIA.

[...]

4. **A pretensão executória surge somente com trânsito em julgado da condenação criminal**, conforme precedente do Plenário desta Suprema Corte no HC 84.078 (Rel. Min. Eros Grau, Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria, j. 05.02.2009), não se iniciando o prazo prescricional respectivo antes deste termo, consoante princípio da actio nata (grifo nosso).

5. Agravo regimental conhecido e não provido.

(ARE 682013 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 11/12/12, ACORDÃO ELETRÔNICO DJe-025 DIVULG 05-02-13 PUBLIC 06-02-13)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL.

[...]

2. Com o julgamento do HC 84.078/MG pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal, Rel. Ministro Eros Grau, DJe 26.2.2010, foi reputada inconstitucional a execução provisória da pena e condicionado o início da fase executiva ao trânsito em julgado da condenação criminal.

3. **Diante da amplitude conferida pela Suprema Corte ao princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, consagrado na Constituição Federal de 1988, que inviabiliza a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não enseja a concessão da ordem de ofício decisão fundada em releitura do art. 112, inciso I, do Código Penal, com exegese, consentânea com aquele entendimento, no sentido de que o prazo prescricional da pretensão executória somente passa a fluir após o encerramento definitivo da fase cognitiva do processo penal.** (Grifos nosso).

4. Habeas corpus extinto sem resolução do mérito.

(HC 115269 Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ-e 213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)

E na sequência, da Ministra Cármen Lúcia, da Segunda Turma:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. **TERMO INICIAL DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL: TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA PARA A ACUSAÇÃO.** ORDEM CONCEDIDA. (Grifo nosso)

1. O Paciente foi condenado a um ano e quatro meses de reclusão, sendo que, em 23.7.2007, a sentença penal condenatória transitou em julgado para a acusação; e, em 30.9.2011, o Juízo da Execução Penal decretou a extinção da punibilidade. Entre essas datas não houve qualquer causa impeditiva, interruptiva ou suspensiva da prescrição.

2. Segundo as regras vigentes nos arts. 109 e 110 do Código Penal, a prescrição executória se regula pela pena aplicada depois de transitar em julgado a sentença condenatória para a acusação, verificando-se em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois.

3. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal sedimentou-se no sentido de que o prazo prescricional da pretensão executória começa a fluir da data do trânsito em julgado para a acusação. Precedentes.

4. Ordem concedida.

(HC 113715, Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 16/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 27-05-2013 PUBLIC 28-05-2013)

Aqui, cabe o registro interessante do posicionamento, também da Ministra Cármen Lúcia, agora no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança pelo Código Penal Militar (trânsito em julgado para ambas as partes):

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. **PENAL MILITAR. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA PARA DEFESA E ACUSAÇÃO.** INCIDÊNCIA DO ART. 126, § 1º, DO CÓDIGO PENAL MILITAR COMO NORMA ESPECIAL EM VEZ DO ART. 112, INC. I, DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RECONHECIDA. (Grifo nosso)

1. A prescrição da pretensão executória tem como marco inicial o trânsito em julgado para ambas as partes, nos termos do art. 126, § 1º, do Código Penal Militar, que, como lei especial, aplica-se, não tendo incidência, no caso, o art. 112, inc. I, do Código Penal. Precedentes.

2. Recurso ao qual se nega provimento.

(RMS 31834, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 22/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-083 DIVULG 02-05-2014 PUBLIC 05-05-2014)

Percebe-se, claramente, a dissidência entre as Turmas do STF, e que o tema não se encontra pacificado na jurisprudência dessa Corte Suprema. De fato, deve-se acertadamente aguardar o julgamento de mérito do ARE nº 848107, que teve reconhecida a existência de repercussão geral, conforme abaixo transcrito:

EMENTA: 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.

(ARE 848107, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Plenário, julgado em 11/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJ-e 033 DIVULG 19-02-2015 PUBLIC 20-02-2015)

E nessa perspectiva, segue ementa de Agravo Regimental em *Habeas Corpus* nº 107710 - SC, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, julgado em 09/06/2015:

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. REITERAÇÃO DE ARGUMENTOS DA INICIAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. **TRÂNSITO EM JULGADO PARA AMBAS AS PARTES.** (Grifo nosso)

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

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

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

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

5. Agravo regimental desprovido.

(HC 107710, Relator (a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJ-e 128 DIVULG 30-06-2015 PUBLIC 01-07-2015)

Constata-se, pelo exposto, que desde que o STF entendeu inconstitucional a execução da pena antes de exauridas todas as instâncias, no julgamento do HC nº 84078/MG, que a aplicação literal do art. 112, I, do CP (termo inicial do trânsito em julgado para a acusação), não se ajusta ao ordenamento jurídico brasileiro, reforçado aqui pelo entendimento do Procurador-Geral da República em parecer nº 156.095/2015 – AsJConst/SAJ/PGJ, exarado no ARE nº 848107/DF:²⁷

CONSTITUCIONAL E PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. ART. 112, I, DO CÓDIGO PENAL. TERMO INICIAL DO TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA ISONOMIA (PARIDADE DE ARMAS). PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DO HC 84.078/MG.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do habeas corpus 84.078/MG, decidiu pela impossibilidade de execução de pena antes de exauridas todas as instâncias, inclusive a extraordinária, sem prejuízo da possibilidade de prisão cautelar.

2. Aplicação literal do art. 112, I, do Código Penal, em face da orientação jurisprudencial atual do STF, acarreta contradição com a essência do conceito de prescrição, que decorre de inércia do titular do direito, e severo golpe contra a eficácia do sistema de execução penal e contra o direito fundamental à segurança, pois o curso da prescrição da pretensão executória se iniciaria sem que o Estado, por meio do Ministério Público, possa executar a decisão condenatória. Atinge-se assim, também, de forma cruel, a expectativa legítima das vítimas de delito de os perpetradores destes recebam a punição prevista na lei.

3. A única interpretação atualmente consistente e compatível com a Constituição da República acerca do termo inicial da prescrição executória é a que a define como o trânsito em julgado da decisão condenatória para ambas as partes.

4. Parecer pelo provimento do recurso.

Ainda sobre a questão, acertadamente proclamou o Ministro Jorge Mussi (2015, p. 253, 255), ao tratar da execução provisória da pena em artigo publicado na revista do STJ:

Note-se que tais regras, por mais absurdas que possam parecer no atual estágio de desenvolvimento da sociedade brasileira, estruturada sobre as bases de um Estado Democrático de Direito, guardavam coerência com a disciplina da prescrição da

²⁷ Supremo Tribunal Federal. Manifestação do Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, no ARE nº 848107. Parecer nº 156.095-AsJConst/SAJ/PGR. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4661629>>. Acesso em: 16 set. 2015.

pretensão executória contida no Código Penal, cuja normatização, repise-se, remonta ao ano de 1984, época na qual o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo XI, I, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, não havia sido internalizado no ordenamento jurídico pátrio.

[...]

Assim, a aplicação literal da norma contida no artigo 112, inciso I, do Código Penal, em consonância com o princípio constitucional da presunção de inocência, cria um verdadeiro hiato no sistema prescricional estabelecido no ordenamento jurídico pátrio [...].

Bem se vê, portanto, que o art. 112, I, do CP, deve ser interpretado, diante do princípio da presunção de inocência, de forma que a contagem do prazo da PPE ocorra somente com o trânsito em julgado para ambas as partes, conforme o entendimento dos Excelentíssimos Senhores Ministros Rosa Weber e Roberto Barroso nos julgados ora referenciados, pois é apenas nesse momento que o Estado pode fazer valer o seu direito-dever de punir aquele que comete ilícito penal.

Ademais, pensar diferente seria retirar da vítima e da sociedade o direito de ver o autor da infração *pagar* pelo crime cometido, uma vez que a interposição de recursos com fins prescicionais e meramente procrastinatórios visam tão somente à impunidade dos condenados.

Assinala-se, por fim, que em 2010 entrou em vigor a Lei nº 12.234, que alterou o sistema prescricional em favor dos órgãos responsáveis pela persecução penal (proibindo que a prescrição retroativa ocorra entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa), mas o PLS nº 236/12, do Novo Código Penal, não corrige o marco inicial da PPE, como era esperado.

CONCLUSÃO

Pela análise do texto, depreende-se que o art. 112, I, do CP, não se compatibiliza com a realidade atual, notadamente, após o julgamento do *Habeas Corpus* nº 84078/MG (Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. 05/02/09), em que o STF deixou de admitir a execução provisória da pena diante do princípio constitucional da presunção de inocência, mas sem prejuízo da possibilidade de prisão cautelar. Em razão disso, a única interpretação compatível com a Carta Magna é a de que o termo inicial da PPE só ocorre com o trânsito em julgado da condenação, o que vale dizer preclusão para acusação e defesa, visto que é somente nessa ocasião que surge o título penal passível de ser executado pelo Estado.

De fato, à luz da Constituição Federal de 1988, a norma infraconstitucional analisada teve seu sentido esvaziado em face do princípio da presunção de inocência. Com isso, o

processo só pode ser considerado justo se forem garantidas às partes as mesmas oportunidades e as mesmas armas para dele participar, sob pena de tornarem-se infrutíferas as condenações no país, fulminadas pela prescrição.

É forçoso admitir, pois, que não deva prevalecer a adequação hermenêutica do dispositivo que estabelece o marco inicial da PPE, razão pela qual se defende a não recepção do art. 112, inciso I, do CP pela CF, e a consequente mudança legislativa da norma penal.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 6. ed. São Paulo: RT, 2014.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. **Decreto nº 592**, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 17 set. 2015.

_____. **Decreto nº 678**, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 17 set. 2015.

_____. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 20 set. 2015.

_____. **Lei nº 12.234**, de 05 de maio de 2010. Altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12234.htm>. Acesso em 17 set. 2015.

_____. **Lei nº 12.736**, de 30 de novembro de 2012. Dá nova redação ao art. 387 do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, para a detração ser considerada pelo juiz que proferir sentença condenatória. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12736.htm>. Acesso em 17 set. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula Vinculante n. 09**: A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=false&l=10&i=543>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 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=%40docn&&b=SUMU&p=false&l=10&i=205>>. Acesso em 20 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 107710**. Paciente: Maximino Siqueira. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator (a): Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, julgado em: 09/06/2015, Processo eletrônico DJ-e 128, Divulgado 30/06/2015, Publicado 01/07/2015. Disponível em:

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

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84078**. Paciente: Omar Coelho Victor. Impetrante: Omar Coelho Victor. Relator (a): Min. Eros Grau, Plenário, julgado em: 05/02/2009, Processo eletrônico DJ-e 35, Divulgado em 25/02/2010, Publicado em 26/02/2010. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 11 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 682013**. Reclamante: Daliléia Raposo da Silva. Reclamado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator (a): Min. Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em: 11/12/2012, Processo eletrônico DJ-e 25, Divulgado em 05/02/2013, Publicado em 06/02/2013. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4229470>>. Acesso em 15 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 115269**. Paciente: Ricardo Herculano Bulhões de Mattos. Impetrante: Ricardo Herculano Bulhões de Mattos Filho. Relator (a): Min. Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em: 10/09/2013, Processo eletrônico DJ-e 213, Divulgado em 29/10/2014, Publicado em 30/10/2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4305079>>. Acesso em 15 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 113715**. Paciente: Cleiner Moreira dos Santos. Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios. Relator (a): Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, julgado em: 01/04/2014, Processo eletrônico DJ-e 110, Divulgado em 06/06/2014, Publicado em 09/06/2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4248148>>. Acesso em 16 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 31834**. Reclamante: Ministério Público Militar. Reclamado: Syllas Silva Gomes. Relator (a): Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, julgado em: 22/04/2014, Processo eletrônico DJ-e 83, Divulgado em 02/05/2014, Publicado em 05/05/2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4350096>>. Acesso em 16 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 848107**. Reclamante: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Reclamado: Edson Rodrigues de Oliveira. Relator (a): Min. Dias Toffoli, Plenário, julgado em: 11/12/2014, Processo eletrônico DJ-e 33, Divulgado em 19/02/2015, Publicado em 20/02/2015.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4661629>>. Acesso em 16 set. 2015.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 4. ed. São Paulo: RT, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

JESUS, Damásio de. **Prescrição Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. **Reforma Tópica do Processo Penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário com o novo regime de provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**, parte geral: esquematizado. 7. ed. São Paulo: Método, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MUSSI, Jorge. **Reflexões sobre o Termo Inicial da Prescrição da Pretensão Executória no Direito Penal**. In: Revista do Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014. p. 253, 255.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 13. ed. São Paulo: RT, 2013.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 6. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey: 2006

_____, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PACHECO, Agnelo de Carvalho. **A dissertação**: teoria e prática. 17. ed. São Paulo: Atual Editora, 1998.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal brasileiro**: parte geral e parte especial. 14. ed. São Paulo: RT, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012.