

**REFLEXÕES SOBRE O TERMO INICIAL DA
PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA
NO DIREITO PENAL**



Jorge Mussi
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

**REFLEXÕES SOBRE O TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA
PRETENSÃO EXECUTÓRIA NO DIREITO PENAL**

Ministro Jorge Mussi¹

1. INTRODUÇÃO

O tema que intitula o presente artigo tem sido alvo de controvérsias no âmbito dos Tribunais Superiores, sendo merecedor de considerações mais aprofundadas para o fomento do debate.

É imperioso que se esclareça, desde o início, que o termo “prescrição” é utilizado no âmbito jurídico para nomear o instituto destinado a sancionar o titular de um direito pela inércia no seu exercício dentro de um determinado lapso temporal estabelecido em lei. Ou seja, materializa a garantia de que, salvo raras exceções², não existem no ordenamento jurídico direitos absolutos ou perpétuos, funcionando como mecanismo de estabilização das relações sociais pelo decurso do tempo.

No âmbito do Direito Criminal, a prescrição é disciplinada nos artigos 109 e seguintes do Código Penal, sendo certo que a doutrina

¹ Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

² Art. 5º, incisos XLII e XLIV, da Constituição Federal de 1988.

se encarregou de segregar o instituto em duas partes, nomeando-as de “prescrição da pretensão punitiva” e de “prescrição da pretensão executória”. Tal divisão tem como referencial a formação do título condenatório: da prática do delito até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória fala-se em prescrição da pretensão punitiva; a partir deste último marco são aplicáveis as regras da prescrição da pretensão executória.

O que se propõe no presente estudo é uma análise dos dispositivos legais que disciplinam a prescrição da pretensão executória à luz dos princípios introduzidos no ordenamento jurídico com o advento da Constituição Federal de 1988, em especial o da presunção de inocência ou de não-culpabilidade, como preferem alguns autores, insculpido no seu artigo 5º, inciso LVII³.

2. A DISCIPLINA NORMATIVA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

Como já referido, o legislador ordinário, na reforma da Parte Geral do Código Penal empreendida pela Lei n. 7.809/1984, estabeleceu a disciplina da prescrição nos artigos 109 e seguintes, cingindo-se a estabelecer regras para a referida causa de extinção da punibilidade antes e depois da sentença final condenatória, cabendo à doutrina nomeá-las de “prescrição da pretensão punitiva” e “prescrição da pretensão executória”.

Para estes dois subgrupos foram estabelecidos marcos iniciais e interruptivos, a partir dos quais começam ou recomeçam a fluir os prazos previstos no artigo 109 do Estatuto Repressor, de acordo com o máximo da pena abstratamente prevista ou concretamente aplicada.

³ 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;

O Estado dispõe, então, de um determinado prazo para envidar os esforços necessários para a análise do mérito acusatório, observadas as garantias constitucionais processuais, consistente no exercício do seu poder-dever punitivo. Formado o título condenatório imutável, o ordenamento jurídico concede ao Estado, então, outro prazo para a sua execução coercitiva, consistente no exercício do seu poder-dever executório.

Assim, como o pressuposto para o exercício da pretensão executória é a existência de uma sentença condenatória, o lapso temporal necessário para a verificação da prescrição é determinado pela reprimenda concretamente aplicada no âmbito do exercício da pretensão punitiva, conforme estabelece o artigo 110, *caput*, do Código Penal⁴.

A questão que vem sendo alvo de debates no âmbito doutrinário e jurisprudencial e motiva o presente estudo é a fixação do termo inicial da prescrição da pretensão executória, previsto no artigo 112 do Estatuto Repressor⁵.

Conforme se infere da leitura do referido dispositivo normativo, o legislador ordinário de 1984 estabeleceu como marco inicial da prescrição da pretensão executória o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação; a sentença que revoga a suspensão condicional da pena; ou a sentença que revoga o livramento condicional.

Da forma como redigida a norma em análise, vislumbra-se a possibilidade da fluência concomitante da prescrição da pretensão punitiva e da pretensão executória, caso a defesa não se conforme com

⁴ 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.

⁵ 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.

os termos da sentença condenatória e interponha o recurso de apelação cabível, circunstância que para alguns é tratada como uma antinomia a ser resolvida com recurso aos meios de resolução de conflitos aparentes de normas, e para outros se trata de um benefício posto pelo legislador ao condenado como corolário do princípio do favor rei.

A solução encontrada pela primeira corrente reside, em síntese, em interpretar a primeira parte do inciso I do artigo 112 do Código Penal como a regra da chamada prescrição da pretensão punitiva intercorrente, a qual é verificada de acordo com a pena concretamente aplicada – que não pode ser tornar mais gravosa ante a impossibilidade de mudança com o trânsito em julgado para a acusação.

Já para a segunda corrente o legislador fixou os parâmetros da própria prescrição da pretensão executória, a qual teria o seu curso iniciado mesmo na pendência de julgamento de eventuais recursos interpostos pela defesa contra a sentença condenatória. Embora a execução propriamente dita só seja possível com o trânsito em julgado para ambas as partes, o lapso prescricional seria apurado desde o momento em que a acusação se resignou com o édito repressivo.

Longe de apresentar uma solução definitiva para o impasse, é imperioso que se proceda a um histórico acerca da execução da pena no ordenamento jurídico brasileiro para demonstrar que a coesão que existia no sistema estabelecido pelo legislador de 1984, com destaque para a possibilidade de execução provisória da pena, foi quebrada com o advento da Carta Magna de 1988, especialmente com a introdução do princípio da presunção de inocência.

3. A MUDANÇA NA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E AS CONSEQUÊNCIAS NO TRATO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, o sistema processual penal pátrio era dotado de regras recursais consentâneas com os direitos e garantias então previstos na ordem constitucional vigente,

dentre as quais merecem destaque as normas contidas nos já revogados artigos 594 e 595 do Código de Processo Penal⁶.

Da análise dos referidos dispositivos legais, infere-se que o acesso da defesa ao duplo grau de jurisdição era condicionado, em regra, ao recolhimento à prisão do acusado condenado por sentença desprovida do atributo da definitividade, admitindo-se o que a doutrina convencionou denominar de “execução provisória da pena”.

Ou seja, para prosseguir na defesa de seus direitos mediante a provocação da jurisdição da instância superior, o acusado era obrigado a se recolher à prisão, dando início, assim, à execução da reprimenda que lhe fora provisoriamente imposta pela sentença condenatória ainda pendente de revisão pela Corte *ad quem*. E ainda, caso empreendesse fuga da prisão, seu recurso seria julgado deserto, antecipando, portanto, o trânsito em julgado da condenação.

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 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, 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, não havia sido internalizado no ordenamento jurídico pátrio.

Com efeito, excepcionadas as hipóteses legais, a execução da reprimenda imposta na sentença condenatória se dava logo após a sua prolação, pois, se não houvesse irresignação defensiva, seria alcançada pelo trânsito em julgado; e, no caso de inconformismo defensivo, o seu conhecimento era condicionado ao recolhimento do réu à prisão, dando-se início à execução da pena.

⁶ 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 (Redação dada pela Lei nº 5.941/73)

Art. 595. Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação.

Por esta razão é que se afirma que o termo inicial da prescrição da pretensão executória previsto no artigo 112, inciso I, do Código Penal é coerente com a sistemática recursal vigente à época da sua promulgação, pois, mesmo diante da interposição de apelação defensiva, apta a postergar o trânsito em julgado da sentença condenatória, era possível o exercício da pretensão executória estatal mediante a imposição do recolhimento do acusado ao cárcere como condição para o conhecimento da insurgência.

Entretanto, com o advento da Constituição Federal de 1988, e a consequente internalização do princípio da presunção de inocência, insculpido no seu artigo 5º, inciso LVII, doutrina e jurisprudência passaram a dar tratamento distinto à referida sistemática recursal, não mais admitindo o recolhimento do acusado ao cárcere como requisito de admissibilidade da apelação, sem que a mesma atenção tenha sido dispensada para o marco inicial da prescrição da pretensão executória.

Isto porque se o Poder Constituinte Originário estabeleceu que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, tornou-se inviável a partir de então a imposição da prisão antecipada fora das hipóteses constitucional e legalmente previstas, atualmente restritas às prisões em flagrante, temporária e preventiva (artigo 283, *caput*, do Código de Processo Penal).

E nas hipóteses em que não seja cabível qualquer das chamadas prisões processuais, eventual cumprimento coercitivo da reprimenda imposta na sentença condenatória está condicionado ao seu trânsito em julgado, não só para a acusação, mas também para a defesa.

Neste ponto é que se revela a incongruência da norma prevista no artigo 112, inciso I, do Código Penal com aquela introduzida pelo Poder Constituinte Originário no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988: embora não seja possível exercer a pretensão executória no decorrer da tramitação dos recursos defensivos, até mesmo daqueles desprovidos de efeito suspensivo, o prazo para o Estado exercê-la já se encontra em curso e somente será interrompido com a efetiva prisão do

acusado, após o trânsito em julgado da sentença condenatória para a defesa, nos termos do artigo 117, inciso V, do Código Penal⁷.

Aliás, é imperioso consignar que, não obstante a clareza solar com que se expressa a norma contida no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, apenas em 2009, por ocasião do julgamento do HC n. 84.078/MG⁸, é que o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da chamada “execução antecipada da pena”, firmando o posicionamento no sentido de que qualquer prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória somente pode ser determinada a título cautelar, observados os requisitos previstos em lei.

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, pois embora o Estado não seja legitimado a executar a reprimenda imposta na sentença penal condenatória que tenha sido alvo de recurso pela defesa (efeito do princípio da presunção de inocência), pode ver extinta a sua pretensão executória por uma pseudo-inércia no seu exercício, já que o respectivo prazo prescricional teve o seu curso iniciado (efeito da interpretação dada à norma contida no artigo 112, inciso, do Estatuto Repressor).

A título de ilustração, tome-se como exemplo uma condenação pelo delito de lesão corporal gravíssima, na qual fixou-se ao acusado a pena no seu mínimo legal (dois anos). Irresignada com o édito repressivo, a defesa interpõe recurso de apelação, ao passo que o órgão acusatório, satisfeito

⁷ Art. 117 – O curso da prescrição interrompe-se:
(...)

V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

⁸ HC 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 5.2.2009, DJe-035 publicado em 26.2.2010.

com a prestação jurisdicional e não havendo qualquer sucumbência que revele o seu interesse recursal, deixa transcorrer *in albis* o prazo previsto em lei, sobrevivendo o trânsito em julgado. Neste panorama fático-processual temos: a) a interrupção da prescrição da pretensão punitiva com a publicação da sentença condenatória recorrível (artigo 117, inciso IV, do Código Penal), com o reinício de sua contagem pela pena concretamente aplicada (artigo 110, § 1º, do Código Penal); e b) o início da prescrição da pretensão executória a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória para o Ministério Público, a ser calculada também pela pena concretamente aplicada (artigo 112, inciso I, combinado com o artigo 110, *caput*, ambos do Código Penal).

Suponhamos, ainda no exemplo proposto e de uma forma bastante otimista no atual cenário do Poder Judiciário brasileiro, que a apelação defensiva e os respectivos recursos de natureza extraordinária sejam julgados no período de 3 (três) anos, 11 (onze) meses e 25 (vinte e cinco) dias, ou seja, dentro do lapso temporal colocado à disposição do Estado para o exercício da sua pretensão punitiva, sobrevivendo, então, o trânsito em julgado também para a defesa.

Entretanto, caso o condenado tenha êxito em retardar o cumprimento do mandado de prisão por apenas 5 (cinco) dias, o Estado estará impossibilitado de executar a reprimenda imposta de acordo com o devido processo legal, já que configurada a prescrição da pretensão executória, a qual teve início, sem interrupção, com o trânsito em julgado da sentença para o Ministério Público.

Ou seja, o Estado é sancionado com a perda do seu poder-dever de executar uma sentença condenatória formal e materialmente consentânea com as garantias constitucionais em razão de uma inércia que, na verdade, nunca existiu, já que no decorrer da tramitação dos recursos defensivos esteve impossibilitado de dar cumprimento provisório à condenação em razão do óbice que lhe é imposto pelo princípio da presunção de inocência.

4. CONCLUSÃO

É cediço que as normas que compõem um ordenamento jurídico não devem ser interpretadas isoladamente, pois nele estão inseridas para a formação de um conjunto harmônico destinado à tutela de valores eleitos pelo legislador no momento da sua elaboração.

Na questão em exame, o que se constata é a existência de uma norma infraconstitucional que não se compatibiliza com uma garantia constitucional, pois o princípio da paridade de armas, na maioria das vezes invocado pela defesa em busca de um tratamento igualitário, é igualmente aplicável ao Estado-acusador, representado pelo Ministério Público.

Defende-se, por tais razões, a não recepção do artigo 112, inciso I, do Código Penal pela Constituição Federal de 1988, pois se com o advento do princípio da presunção de inocência a execução da pena, salvo nas hipóteses de prisão cautelar justificada, somente pode ser iniciada com o trânsito em julgado da sentença condenatória, é inviável que a prescrição da pretensão executória tenha seu curso iniciado a partir do momento em que o órgão acusatório se mostre resignado com a prestação jurisdicional, sob pena de se malferir um princípio de hermenêutica constitucional, o da proporcionalidade, na sua vertente da proibição da proteção deficiente do corpo social, que não sentirá quaisquer dos efeitos da finalidade da pena criminal, seja a prevenção geral ou a especial.

