



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Termo inicial da prescrição da pretensão executória estatal: dia do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação. Releitura diante da impossibilidade de execução provisória da condenação.

Guilherme Fank Keller

Rio de Janeiro
2016

GUILHERME FANK KELLER

Termo inicial da prescrição da pretensão executória estatal: dia do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação. Releitura diante da impossibilidade de execução provisória da condenação.

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2016

**TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA ESTATAL:
DIA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA PARA A
ACUSAÇÃO. RELEITURA DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DA CONDENAÇÃO.**

Guilherme Fank Keller

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado. Pós-Graduando pela Escola da magistratura do Estado do Rio de Janeiro em direito público e privado na preparação para a carreira da magistratura.

Resumo: Com o advento da Carta Constitucional de 1988, restou consagrada, na nova ordem constitucional, a ideia de que ninguém pode ser considerado criminalmente culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O princípio da presunção de não-culpabilidade ensejou releitura de diversos dispositivos processuais penais, em especial os que tocam à possibilidade de execução provisória da pena. Com a mitigação da possibilidade de execução provisória da condenação, o termo inicial da fluência da prescrição da pretensão executória estatal, adotado no Artigo 112, I do Código Penal, passou a ser regra disfuncional no ordenamento, razão pela qual merece releitura, sob pena de, assim não se procedendo, punir-se o órgão executor da pena imposta com a prescrição de sua pretensão, não obstante não tenha havido, de sua parte, inércia.

Palavras-chave: Direito Penal. Execução Provisória. Prescrição Executória. Termo Inicial. Releitura.

Sumário: Introdução. 1. Prescrição como sanção à inércia. 2. Histórico da possibilidade de execução provisória da pena. 3. Harmonização do termo inicial da prescrição da pretensão executória com a vedação à execução provisória da condenação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo discute a necessidade de releitura do termo inicial da prescrição da pretensão executiva estatal – dia do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação. Objetiva-se demonstrar que, diante da impossibilidade de execução provisória da sentença condenatória, faz-se necessária interpretação conforme a Constituição do Artigo 112, I do Código Penal.

Para tanto, serão analisadas as regras relativas aos efeitos dos recursos excepcionais inseridas no Código de Processo Penal, bem como a orientação jurisprudencial dominante no momento anterior ao julgamento ao *Habeas Corpus* 84.078 pelo Supremo Tribunal Federal, orientação essa que foi posteriormente retomada quando do julgamento do *Habeas Corpus* 126.292, a qual põe o assunto tratado no presente artigo em parcial e não definitiva suspensão.

A Constituição da República estabelece, como princípio fundamental individual, a presunção de não-culpabilidade dos sujeitos submetidos à jurisdição penal. Trata-se de uma garantia explícita consistente em não autorizar o reconhecimento da responsabilidade criminal do agente, senão mediante uma sentença transitada em julgado. Justamente por ser um princípio, ou seja, consubstanciar-se em um mandamento de otimização do sistema normativo em que se insere, permeia os meandros legais, dando novos contornos e interpretações ao direito objetivo. Com isso, o que, em um determinado momento do tempo direciona-se a um resultado interpretativo, pode passar, noutra oportunidade, a inclinar-se ao caminho oposto.

Com efeito, anteriormente ao julgamento do HC 84.078 em 2009, não se percebia como violadora do princípio da não-culpabilidade a execução provisória da sentença penal condenatória a partir do julgamento em segunda instância, de modo que, pendente exclusivamente o recurso excepcional, o Estado poderia iniciar o cumprimento do comando punitivo.

O tema, contudo, demanda atenção, uma vez que a regra material penal previsora do termo inicial da prescrição da pretensão executiva estatal escorava-se na possibilidade da execução provisória da sentença condenatória, enquanto pendentes recursos, o que não mais encontra amparo na lei de regência.

Para uma melhor compreensão da pesquisa, objetiva-se, primeiramente, explicar-se os fundamentos e funcionamento do instituto da prescrição no direito, assim como sua finalidade, em especial no direito penal. Pretende-se, ainda, despertar-se a atenção para a impossibilidade do termo inicial da pretensão executória ser anterior à possibilidade de execução da pena, ainda que essa execução seja provisória.

Assentadas tais premissas, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando-se o instituto da prescrição no direito e quais suas consequências ao processo penal e à execução penal.

O segundo capítulo apresenta um breve esboço sobre a execução da pena no Brasil e o quadro fático jurisprudencial em que se inseria a regra do Artigo 112, I do Código Penal. Nesse mesmo capítulo, expõe-se, posteriormente, a alteração jurisprudencial que ensejou novos efeitos processuais ao princípio da não-culpabilidade, bem como o retorno da jurisprudência à sua orientação anterior.

O terceiro capítulo destina-se, por fim, a demonstrar a incompatibilidade do atual termo inicial da prescrição da pretensão executória estatal com a Constituição da República, por força da impossibilidade de execução provisória da sentença a partir da primeira instância. Procura-se demonstrar que não é possível a aplicação, ao agente, de uma sanção por sua

inércia, quando, deveras, ele não está inerte, mas sim impossibilitado de exercer seu dever. Para tanto, foi necessário refletir sobre as limitações jurídicas à atuação do Estado Executor Penal e se, diante da imposição de abstenção de sua atuação, ou seja, diante de mandamento de sobrestamento de seu agir, é correto permitir-se que flua o prazo em que lhe seria permitido atuar.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória, na medida em que tem como fontes principais a legislação, a doutrina – livros e artigos científicos – e a jurisprudência.

1. PRESCRIÇÃO COMO SANÇÃO À INÉRCIA

Um dos brocardos mais universalmente difundidos na ciência jurídica é simples e preciso: “o direito não socorre quem está dormindo”. Inicialmente concebido dentro do direito das obrigações civis, visando a que os devedores de prestações não ficassem a elas vinculados de forma perene, espalhou-se aos demais ramos do direito, por meio dos institutos da prescrição, que é a extinção de uma pretensão¹, e da decadência, que é o perecimento de um direito potestativo².

Na seara penal, a figura da prescrição atinge não somente o direito de punir do Estado, que é o de perseguir o autor do crime e atribuir-lhe uma sanção por seu ato, mas também o próprio direito de executar a punição aplicada, o que se denomina execução da pena³. Quer dizer que o Estado possui um prazo específico para a investigação e para o julgamento do fato delitivo, e um outro para executar a pena imposta ao agente por tê-lo praticado. A depender da gravidade abstrata da infração penal, o que se verifica pela quantidade e tipo de pena cominada ao tipo legal, esse prazo será maior ou menor. As regras relativas à prescrição penal

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.683.

² *Ibid.*, p. 689.

³ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal parte geral*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 732-736.

são delineadas nos Artigos 107 a 119 do Código Penal⁴, sendo o instituto considerado uma causa de extinção da punibilidade do agente.

Quando se constata que a prescrição ocorreu no caso posto a julgamento, ou seja, naquele em que ainda não houve nem sentença condenatória nem absolutória, não mais se discute se o acusado na ação penal cometeu ou não o fato criminoso a ele imputado, mas tão somente afirma-se que o Estado, por desídia em não exercer seu papel punitivo em tempo oportuno, não mais poderá atribuir uma pena ao agente. É o que se denomina de prescrição da pretensão punitiva, ou, na linguagem do Código, de prescrição antes de transitar em julgado a sentença final.

Lado outro, quando, a despeito da existência da sentença condenatória, o Estado não executa tempestivamente a sanção nela imposta, por exemplo, não recolhendo o condenado ao cárcere, fala-se em prescrição da pretensão executiva estatal, ou, na linguagem do Código, de prescrição depois de transitar em julgado a sentença final condenatória. Contudo, não basta apenas que o Código preveja prazos para ambos os tipos de prescrição encimadas: é preciso que esclareça em que momento começam elas a correr. Ou seja, é preciso que dê um termo inicial por meio do qual se considerará iniciada a inércia estatal.

Seria de se imaginar que o Estado perdesse sua pretensão de executar a sanção aplicada, quando o título condenatório estivesse cabalmente formado, assim considerado quando contra ele não fosse mais passível a interposição de recurso algum, o que traduziria uma aparente imutabilidade e definitividade da decisão. Diz-se aparente, porque mesmo uma sentença condenatória transitada em julgado pode ser desconstituída, por meio do instituto da Revisão Criminal previsto nos Artigos 621 a 631 do Código de Processo Penal⁵.

Entretanto, por opção política, o Legislador processual penal entendeu por bem fixar, como um dos termos iniciais para o início da prescrição da pretensão executória, o dia em que

⁴ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 fev. 2016.

⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 2. ed. Salvador: JusPodium, 2014, p. 1718.

transita em julgado a sentença condenatória para a acusação, ou seja, o dia posterior ao prazo em que o acusador poderia interpor recurso visando a alteração de algum elemento da sanção imposta na decisão – Artigo 112, inciso I, primeira parte do Código Penal.

Dessa maneira, se, por exemplo, em uma ação penal pública incondicionada, o membro do Ministério Público ficasse satisfeito com a pena aplicada pelo Magistrado ao apenado por ter este praticado o fato criminoso, não vindo o *Parquet* a recorrer, o termo inicial da execução da sentença seria o dia seguinte ao que ocorresse o trânsito em julgado para o órgão acusador.

Sucedem que, diante de uma sentença condenatória, não apenas o acusador pode recorrer para agravá-la, mas também o pode o acusado, visando a ter abrandada ou desfeita sua punição. Assim, pela redação do Código, a depender de qual parte no processo interpõe recurso, é possível reconhecer-se dois trânsitos em julgados diferentes: o para a acusação e o para a defesa.

Entretanto, diante dessa ficção legal, exsurge uma dúvida: sendo a prescrição sanção por inércia, e se o Código impõe como data inicial do termo da prescrição executória o dia do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, pode o acusador promover a execução do título condenatório de imediato, ainda que pendente recurso defensivo? Por não haver, atualmente⁶, previsão legal autorizativa e por se tratar a apelação criminal contra sentença condenatória de um recurso dotado de efeito suspensivo, ou seja, tratar-se de um meio impugnativo que não permite, *a priori*, seja dado cumprimento à decisão proferida antes de sua confirmação em sede recursal, o entendimento predominante nos Tribunais é o de que a sentença não pode ser provisoriamente executada, se pendente o julgamento do recurso de apelação⁷.

⁶ Será visto, mais adiante, que o ordenamento jurídico brasileiro determinava a prisão do condenado logo após a sentença condenatória.

⁷ *Ibid.*, p. 1649-1650.

Dessa forma, se o entendimento é o de que não pode haver execução provisória da sentença, por força do efeito suspensivo do recurso de apelação, pode haver execução provisória de um recurso que não o ostente?

O Artigo 637 do Código de Processo Penal prevê que o Recurso Extraordinário não possui efeito suspensivo, o que foi mantido pela Lei 8.038/90, que institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. No Artigo 27 § 2º desta última lei, está disposto que tanto o Recurso Especial quanto o Extraordinário somente serão recebidos no efeito devolutivo. Por conseguinte, eventuais recursos excepcionais interpostos contra decisão condenatória não possuem o condão de suspender os efeitos da condenação.

Com essa premissa em vista, os Tribunais Superiores passaram a admitir, pois, a execução provisória de decisões condenatórias, quando pendentes os tipos recursais excepcionais. No entanto, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* 84.078, na sessão plenária de 05.09.2009, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou entendimento de que a execução provisória da condenação, nos moldes expostos, feriria o princípio da presunção de não-culpabilidade previsto na Constituição da República e, na oportunidade, alterou a antiga jurisprudência⁸.

Recentemente, contudo, na sessão plenária de 17.02.2016, o Supremo Tribunal Federal, com nova composição, revisitou os fundamentos da decisão proferida em 2009 e, em retorno ao seu antigo entendimento, considerou possível a execução provisória da condenação, tão logo publicada a decisão do órgão de segunda instância⁹.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 84.078. Relator: Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 28 fev 2016.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126.292 MC. Relator: Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+126292%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/mm9prhs>>. Acesso em: 13 mar 2016.

Não obstante o novo posicionamento da Corte Suprema, seguem, especialmente na doutrina, as discussões sobre a possibilidade ou não de execução antecipada da pena¹⁰. Todavia, as críticas à sua possibilidade passam ao largo de uma questão à sobeja ventilada pelos estudiosos do direito penal e essencial à integridade do ordenamento repressivo: como se falar em fluência da prescrição executória, uma vez não que não se admite a execução provisória da pena?¹¹

2. HISTÓRICO DA POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

O Código de Processo Penal, na redação original de seu Artigo 594, era explícito em asseverar que o recolhimento do condenado ao cárcere era um dos requisitos de admissibilidade da Apelação interposta contra a sentença condenatória, afirmando que “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto”. Somando-se a isso, a redação primitiva do Artigo 393, inciso I, previa, como efeito da sentença condenatória recorrível, o recolhimento do acusado ao cárcere.

Não apenas o diploma instrumental dispunha de forma desfavorável ao acusado e benéfica à acusação, como o próprio Código Penal de 1940 desconhecia a diferença entre trânsito em julgado para a acusação e trânsito em julgado para a defesa. Para o diploma repressivo, a prescrição da pretensão executória passava a correr – dentre outras hipóteses irrelevantes ao presente artigo – do dia em que passava em julgado a sentença condenatória, ou seja, de seu trânsito em julgado, tanto para a acusação, quanto para a defesa. O trânsito em julgado, à época, era momento processual único e comum às partes, sendo que seu

¹⁰ Por todos os contrários à nova posição da Corte Suprema, vide: TASSE, Adel El. *A volta da "execução provisória" da pena*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234134,11049-A+volta+da+execucao+provisoria+da+pena>>. Acesso em: 27 mar 2016.

¹¹ LUDGERO, Liberato. *O marco inicial da prescrição da pretensão executória: uma questão de lei*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI211544,81042-O+marco+inicial+da+prescricao +da+pretensao+executoria+uma+questao+de>>. Acesso em: 28 fev 2016.

desmembramento somente veio à luz, no universo penal, posteriormente à reforma por que passou o Código em 1984.

De toda sorte, mesmo após 1984, a questão do termo inicial da prescrição da pretensão executória não se apresentou tormentosa, porquanto admitida a execução provisória da pena, a partir da condenação em primeira instância. Ressalte-se, por oportuno, que não se ignora aqui a redação do Artigo 105 do Lei de Execuções Penais, a que se atribuía – e ainda se atribui – uma interpretação segundo a qual restaria vedada a execução provisória antes do trânsito em julgado da condenação¹². É que, não obstante a controvertida exegese, os Tribunais pátrios, majoritariamente, seguiram aplicando o entendimento de que seria plenamente possível a execução provisória da condenação, mormente pela regra constante do Artigo 637 do CPP, que não previa o efeito suspensivo ao recurso extraordinário.

Assim, não obstante tenha sido criada uma situação jurídica *sui generis* para o trânsito em julgado da condenação com a redação dada ao Artigo 112, I do Código Penal, o novo conteúdo da norma não interferia na execução da decisão pela acusação, fosse a decisão de primeira ou de segunda instância¹³.

Sucedo que, com a virada jurisprudencial ocorrida por ocasião do Julgamento do *Habeas Corpus* 84.078 na sessão plenária de 05.09.2009 do Supremo Tribunal Federal, restou consolidado que o princípio da não-culpabilidade, previsto no Artigo 5º, LVII, da Constituição de 1988, não admitiria a execução provisória da pena, que só poderia ocorrer após o trânsito em julgado da condenação. Desse modo, muito embora a legislação infraconstitucional previsse o recolhimento ao cárcere como efeito da condenação em primeira instância, bem assim como condição de conhecimento da Apelação Criminal, essas regras foram apontadas como não recepcionadas pela Carta Magna.

¹² MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 270.

¹³ Repare que o Artigo 393 do CPP só foi revogado em 2011, por força da Lei n. 12.403/11, não obstante a jurisprudência majoritária já não admitisse o recolhimento ao cárcere como condição de admissibilidade da Apelação.

A partir de então passou a ganhar vida a celeuma envolvendo o termo inicial da prescrição da pretensão executória estatal, da forma como regulada pelo Artigo 112, I do Código Penal. Se a nova interpretação constitucional acarretava, pois, a vedação à execução provisória da condenação, deveria causar estranheza o fato de contra o Ministério Público fluir um prazo prescricional que, chegando ao fim, o impediria de atuar na busca da efetivação do decreto punitivo.

Grosso modo, a questão que se coloca em evidência consiste em se saber se, à luz de uma eventual vedação à execução provisória da pena desde a primeira instância de condenação, o Artigo 112, I, do Código Penal não teria de sofrer uma adaptação interpretativa para ser considerado recepcionado pelo atual ordenamento jurídico constitucional.

À época da vigência do entendimento manifestado no HC 84.078, a matéria tomou densidade e relevância tão fortemente, que se tornou objeto de Repercussão Geral no âmbito do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 884.107/DF¹⁴, dada a “necessidade de harmonização do referido instituto penal com o ordenamento jurídico constitucional vigente, diante dos postulados da estrita legalidade e presunção de inocência.” [...].

Obviamente que, com o novo posicionamento firmado pela Corte no julgamento do HC 126.292, o questionamento aqui apresentado fica, em boa parte, suspenso, já que a redação do Artigo 112, I do Código Penal deixa de ser um elemento de disfunção do ordenamento repressivo, salvo na hipótese de a acusação deixar de recorrer da sentença condenatória já em primeira instância, quando o prazo passaria a correr de imediato. Contudo, admitindo-se que posições jurídicas não são imutáveis, e que há oscilação jurisprudencial a

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE n. 848.107/DF. Relator: Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7810669>>. Acesso em 29 fev 2016.

depende de quem sejam os integrantes das Cortes Superiores em determinado momento¹⁵, o ponto controvertido a que se chama atenção segue relevante.

3. HARMONIZAÇÃO DO TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA COM A VEDAÇÃO À EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA CONDENAÇÃO

O Artigo 112, inciso I do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 7.209 de 11.07.1984 dispõe o seguinte:

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; [...]

O Artigo 110 do Código, por sua vez, trata da prescrição da pretensão executória estatal e dispõe que “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.”. Assim, tem-se que a regulamentação da pretensão executória encontra-se disposta, basicamente, nos Artigos 109, 110 e 112 do Decreto-Lei n. 2.848.

Se há, conforme exposto no primeiro capítulo, uma pretensão executória e uma pretensão punitiva, há, também, de haver um marco processual que encerre uma delas e dê início à outra.

De regra, no direito brasileiro, os processos se desenvolvem em dois principais módulos: um módulo de conhecimento, e um outro módulo de execução. No primeiro, a situação fática controvertida, que, no processo criminal, é a apontada como delituosa, é exposta, e as teses jurídicas que sobre ela incidem são apresentadas pelas partes processuais.

¹⁵ Exemplo de Ministro que é inarredavelmente contrário à possibilidade de execução provisória da condenação é Rogério Schietti Cruz. Vide: Revista Consultor Jurídico. *Ministro do STJ critica execução antecipada da pena e defende mudança na regra*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-17/ministro-stj-critica-execucao-antecipada-pena-mudanca>>. Acesso em: 27.03.2016.

O módulo de conhecimento traduz um período em que ainda não se formou certeza jurídica sobre as alegações ventiladas e visa a que, ao seu término, a verdade jurídica seja sedimentada com bases em certezas processuais¹⁶. O fim desse módulo acarreta a prolação de uma decisão que, uma vez transitada em julgado, tornar-se definitiva. Atingida a definitividade, passa o título judicial a ostentar os atributos de certeza, liquidez e exigibilidade, tornando-se um título executivo¹⁷.

Por evidente, um título só poder ser considerado executivo quando executável. Logo, se o título não pode ser executado, não é executivo. A despeito de essa retórica soar um tanto quanto parvoçada, é ela elementar ao que aqui se defende: somente se pode considerar executivo o título decorrente do módulo de conhecimento, quando finalizada a possibilidade de sobre ele haver discussão por parte de ambos os sujeitos processuais.

Levando-se isso em consideração, como se pode pretender fazer com que o prazo da pretensão executória se inicie do dia do trânsito em julgado da condenação para a acusação, se se assevera que somente com a condenação definitiva é que surge o título penal passível de ser executado definitivamente pelo Estado?¹⁸ Se é somente com a condenação definitiva que surge o título exequível, então, enquanto não encerrada a fase de impugnação da decisão em formação, não se pode falar na existência de um título executivo.

É que ou ao Estado é vedado o direito de executar um título penal não definitivo, de maneira que, enquanto ele aguarda o processamento e julgamento dos recursos da defesa, não corre em seu desfavor a prescrição, ou então ao Estado se confere o direito de executar provisoriamente um título não definitivo, havendo falar, nessa hipótese, em curso do prazo prescricional, se constatada a inércia do órgão de executor. O que não se afigura correto é

¹⁶ Verdade essa que não pode ser confundida com a verdade real, consoante LIMA, op. cit., p. 71-73.

¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil* v.1. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 293-295.

¹⁸ SILVA, Alberto Franco; STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 577.

vedar-se, ao Estado, o direito de executar título não definitivo e, ao mesmo tempo, determinar-se a fluência do curso do prazo prescricional da pretensão executória.

Se assim se permitisse, estar-se-ia dizendo que o Estado terá de se manter inerte durante o período em que a defesa procura, por meio da interposição de infundáveis e sucessivos recursos, liberar o sentenciado da pena imposta, aproveitando-se, por vezes, do tempo dispendido na tramitação dos recursos para inviabilizar a execução da reprimenda, uma vez que o direito brasileiro reconhece a prescrição intercorrente¹⁹.

Do mesmo modo, deve-se ter em mente que, a partir do momento em que se exige o trânsito em julgado definitivo para a execução da reprimenda imposta, e, ao mesmo tempo, permite-se flua o prazo prescricional com o trânsito em julgado da decisão para a Apelação, estar-se-ia tratando de forma anti-isonômica as partes no processo penal. Nessa hipótese, a acusação teria de esperar inerte, e com um prazo prescricional correndo em seu desfavor, enquanto a defesa poderia atuar ativamente no processo, visando a que o mesmo prazo processual corresse em seu favor.

A prática forense evidencia que, por vezes, a acusação, de modo a não se prejudicar com os expedientes utilizados pela defesa, segue igualmente interpondo recursos, a pretexto de alteração da pena imposta, recursos esses que, na verdade, transformam-se em meros atos *pro forma* com a finalidade única de evitar a fluência do prazo prescricional. Não se trata, essa conduta da acusação, de em uma manobra ilegal, mas não se pode dizer seja louvável sob a ótica técnico-jurídica.

No mesmo quadrante, é de se notar que os recursos interpostos pela defesa e que se dirigem às Cortes Superiores dificilmente atacam o mérito da demanda penal, pois possuem, como escopo exclusivo, a análise da validade dos atos processuais. São recursos que

¹⁹ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal parte geral*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 737-738.

perseguem apenas o reconhecimento de nulidades²⁰, e não parece correto admitir-se que o processo penal seja utilizado como meio de se atingir a denominada fuga do mérito, que se verifica quando as teses defensivas se resumem à alegação de vícios de forma.

Caso assim se autorizasse, seria considerado eficiente o defensor que garantisse ao máximo a liberdade de seu defendido já condenado e que, ao fim e ao cabo da marcha processual, conseguisse fazer com que a punibilidade do crime fosse extinta, tendo em vista o reconhecimento da prescrição intercorrente dolosamente provocada. E não parece ser essa a eficiência que se busca em um advogado de defesa.

De qualquer forma, em relação à data do termo inicial da prescrição da pretensão executória estampada no Artigo 112, I do CP, o que se deseja propor é a reflexão referente a que o ordenamento jurídico deve ser lógico e harmônico entre si, cabendo à jurisprudência harmonizar normas nascidas sob o império de uma determinada ordem constitucional aos ditames de nova ordem constitucional, quando omissos, no ponto, o Poder Legislativo. Assim não sendo, as engrenagens que mantêm a máquina estatal em funcionamento perdem seus encaixes, desregulando todo o sistema.

CONCLUSÃO

A regra constante da primeira parte do Artigo 112, I do Código Penal, que prevê, como termo inicial da fluência do prazo prescricional da prescrição da pretensão executória estatal, a data do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, foi editada sob a égide de um sistema processual penal que permitia, desde a primeira instância de jurisdição, a execução provisória da pena.

²⁰ Essa atuação da defesa foi apelidada, no dia-a-dia forense, de “processo criminal das nulidades”, consoante: SOARES, Adriano. *Superação do processo criminal das nulidades*. Disponível em: <<http://www.1momento.com.br/blog/adriano-soares/superacao-do-processo-criminal-das-nulidades> >. Acesso em: 13 mar 2016.

No entanto, a partir da nova formatação do princípio da não-culpabilidade proveniente do Artigo 5º, inciso LVII, da Carta Constitucional de 1988, um novo aspecto da tutela humana foi levado em consideração na seara processual penal, a evitar a imposição do cumprimento da decisão condenatória penal imediatamente após sua publicação, enquanto pendentes recursos defensivos destinados à supressão da pena, sua alteração ou diminuição.

Em princípio, o posicionamento firmado no *HC* 84.078 pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de impedir a execução provisória da pena até que esgotados todos os recursos de defesa, ocasionou turbulência na estrutura da prescrição da pretensão executória estatal, pois retirava do órgão executor a possibilidade de dar cumprimento ao decreto punitivo, ao passo que a lei, por sua vez, impunha a fluência do prazo prescricional desfavorável ao Estado.

A despeito de a celeuma ter perdido, em parte, seu vigor com o julgamento do *HC* 126.292, em que o Sumo Areópago retornou à sua jurisprudência anterior, permitindo a execução provisória da sentença condenatória após a decisão de segunda instância, ela não deixa de ser relevante.

É que, além de a execução seguir sem ser possível a partir da condenação em primeira instância, desde logo fluindo o prazo prescricional se não houver recurso da acusação, o julgamento do *HC* 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal não foi pacífico, seja pela discordância de um relevante número de Ministros da própria Corte, seja pelas mais diversas críticas doutrinárias, seja ainda por diversas críticas advindas de membros do próprio Poder Judiciário.

Quer dizer: a possibilidade, ou não, de execução provisória da pena está longe de ser assunto dado como encerrado, de modo que, ao lado dessa discussão, deve caminhar o ponto de reflexão trazido neste artigo. O termo inicial da prescrição da pretensão executória estatal deve estar em harmonia e andar em paralelo com o momento em que o Estado passa a poder

executar a reprimenda jurisdicional, sob pena de disfunção entre os sistemas penal e processual penal.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 fev. 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 84.078. Relator: Eros Grau. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 28 fev 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126.292 MC. Relator: Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+126292%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/mm9prhs>>. Acesso em: 13 mar 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. ARE n. 848.107/DF. Relator: Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7810669>>. Acesso em 29 fev 2016.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil v.1*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal parte geral*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2009.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 2. ed. Salvador: JusPodium, 2014.
- LUDGERO, Liberato. O marco inicial da prescrição da pretensão executória: uma questão de lei. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI211544,81042-O+marco+inicial+da+prescricao+da+pretensao+executoria+uma+questao+de>>. Acesso em: 28 fev 2016.
- MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. *Ministro do STJ critica execução antecipada da pena e defende mudança na regra*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-17/ministro-stj-critica-execucao-antecipada-pena-mudanca>>. Acesso em: 27 mar 2016.

SILVA, Alberto Franco; STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SOARES, Adriano. *Superação do processo criminal das nulidades*. Disponível em: <<http://www.1momento.com.br/blog/adriano-soares/superacao-do-processo-criminal-das-nulidades>>. Acesso em: 13 mar 2016.

TASSE, Adel El. *A volta da "execução provisória" da pena*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234134,11049-A+volta+da+execucao+provisoria+da+pena>>. Acesso em: 27 mar 2016.