



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO
À EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A INÉRCIA DA CORTE SOBRE O
INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

Gabriel Marinho Alvarenga

Rio de Janeiro
2017

GABRIEL MARINHO ALVARENGA

A RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO
À EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A INÉRCIA DA CORTE SOBRE O
INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

Artigo científico apresentado como
exigência de conclusão de Curso de Pós-
Graduação *Lato Sensu* da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

A RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO À EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A INÉRCIA DA CORTE SOBRE O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

Gabriel Marinho Alvarenga

Graduado em Direito pela
Faculdade Presbiteriana
Mackenzie Rio. Advogado.

Resumo: A Constituição da República prevê, como um de seus Direitos Fundamentais, o Princípio da Presunção de Inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Em que pese tal dispositivo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal passou a entender que é possível a execução provisória da pena após a condenação do réu em segunda instância, independente do trânsito em julgado da decisão condenatória. Ocorre que, essa mudança de entendimento influencia outros institutos do Direito Penal, principalmente, a Prescrição Penal, mas a Corte Suprema não se manifestou sobre o assunto. Pretende-se nesse trabalho apresentar o instituto da Prescrição e suas diversas modalidades, bem como preencher a lacuna deixada pelo Supremo Tribunal Federal no que se refere à modalidade de prescrição a ser verificada no período entre a condenação em segundo grau e o trânsito em julgado da decisão, principalmente nos casos em que há recurso exclusivo da defesa e em que o réu está foragido.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Penal. Direito Processual Penal. Presunção de Inocência. Execução provisória da pena. Prescrição Penal. Prescrição da Pretensão Punitiva. Prescrição da Pretensão Executória.

Sumário: Introdução. 1. A execução provisória da Pena e a Inércia do Supremo Tribunal Federal quanto à Prescrição Penal. 2. As modalidades de Prescrição Penal e suas diferentes formas de contagem. 3. A influência da Execução Provisória da Pena no Instituto da Prescrição Penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal realizou o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, que trata da execução provisória da pena após a decisão de segundo grau de jurisdição. No referido julgamento, a corte deu nova interpretação ao artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, passando a entender que em vez de se aguardar até o trânsito em julgado para a execução da pena privativa de liberdade, seria suficiente a condenação em segundo grau de jurisdição.

A partir do momento em que há possibilidade de execução provisória da pena, há influência direta na análise da prescrição penal, que tem como um de seus principais marcos de diferenciação o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Ocorre que, em que pese a notória influência no instituto da Prescrição Penal a Corte suprema ficou inerte quanto ao assunto, não definindo como deveria ser analisado a partir da decisão.

A presente pesquisa tem como objetivo preencher essa lacuna e analisar o instituto da prescrição penal, à luz da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quanto à execução da pena, a fim de definir como será aplicada, a modalidade a ser utilizada, bem como os prazos de início e término de contagem de prescrição.

É importante observar que dentre as fontes do Direito Penal, vem ganhando uma relevância muito grande a jurisprudência, pois, muita das vezes, tem efeito vinculante às demais decisões do poder judiciário, o que influencia, também, na análise doutrinária. Tal vinculação ocorre, por exemplo, nos casos de julgamento de Ações Declaratórias de Constitucionalidades.

Por conta disso, no presente trabalho realiza-se uma análise do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidades nº 43 e nº 44, bem como as posições doutrinárias quanto ao estudo da prescrição, principalmente no que se refere à definição de trânsito em julgado da decisão condenatória, que é um marco muito importante para a análise da prescrição penal.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a repercussão da decisão proferida nas Ações Declaratórias de Constitucionalidades 43 e 44 no estudo da prescrição penal, a fim de determinar o porquê do Supremo Tribunal Federal ter modificado seu entendimento anterior.

No segundo capítulo, é realizada uma análise mais profunda do instituto da prescrição, com o objetivo de diferenciar as modalidades de prescrição existentes no ordenamento jurídico, principalmente quanto aos seus marcos iniciais e finais.

Por fim, no terceiro capítulo, é analisado como deve ser aplicado o instituto da prescrição penal tendo como base a possibilidade de execução provisória da pena nos casos em que há recurso exclusivo da defesa e o réu está foragido.

A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, uma vez que o pesquisador irá realizar a análise de pesquisa de jurisprudência, notadamente do Supremo Tribunal Federal, bem como da bibliografia clássica pertinente à matéria, no que se refere ao instituto da prescrição bem como sobre a execução provisória da pena.

1. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E A INÉRCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUANTO À INFLUÊNCIA A PRESCRIÇÃO PENAL

A Constituição Da República Federativa do Brasil prevê em seu artigo 5º, LVII¹, o denominado princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. Além da previsão constitucional, o referido princípio encontra-se presente na Declaração Universal de Direitos do Homem², bem como na legislação infraconstitucional, qual seja, o código de Processo Penal³.

Das diversas interpretações que são extraíveis dessa norma jurídica, uma das mais relevantes è aquela referente à aplicação de pena privativa de liberdade. Isso porque, segundo o artigo 5º, LVII, da Constituição, ninguém poderá ser considerado culpado até que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Desse modo, nos termos da literalidade do dispositivo, só estaríamos diante de execução de prisão como pena após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nesse sentido, a doutrina⁴, bem como o próprio Código de Processo Penal, ao tratar a matéria das prisões, as divide em duas espécies, quais sejam, a prisão cautelar e a prisão-pena. Prisões cautelares seriam aquelas que buscam não a aplicação de uma pena, mas sim garantir o normal desenvolvimento do processo, a fim de que, ao final, este não seja inócuo ao acusado. Já a prisão-pena é aquela que objetiva o início da aplicação da pena, ou seja, tem finalidade retributiva ao acusado, ante a prática delituosa.

Segundo boa parte da doutrina⁵, tendo como base principal o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, a prisão-pena só é possível de ser aplicada após trânsito em julgado da sentença condenatória, ou seja, enquanto pendente qualquer recurso da defesa o réu é presumidamente inocente, podendo ser privado de sua liberdade apenas de forma cautelar ao processo.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. > Acesso em: 09 out. 2017.

² BRASIL. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf > Acesso em: 09 out. 2017.

³ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm.> Acesso em:09 out. 2017.

⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014,p.803.

⁵ Ibidem, p. 804.

Ocorre que, em que pese o referido entendimento, havia um grande problema na aplicação da norma pelo poder judiciário. Isso porque alguns tribunais passaram a entender que se poderia ser aplicada a prisão pena após o julgamento do Recurso de Apelação pelo Tribunal de Justiça, independente da interposição de Recurso Especial ou Recurso Extraordinário, uma vez que, nos termos do artigo 637 CPP, os dois últimos não possuem efeito suspensivo.

A matéria chegou até a competência do Supremo Tribunal Federal, que, no ano de 2009, no julgamento do habeas corpus nº 84078⁶, cujo relator foi o Ministro Eros Grau, definiu ser inconstitucional a execução antecipada da pena. Segundo o Ministro Relator, nos termos do artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Aduziu que possibilitar a execução da sentença após o julgamento da apelação, pendente outro recurso, ainda que sem efeito suspensivo, restringe o direito de defesa, o que caracteriza o desequilíbrio entre a aplicação da pena, que é a pretensão estatal e o acusado.

Após o julgamento desse habeas corpus não houve mais dúvidas quanto à matéria. Restou definido que não há possibilidade de execução provisória da Pena. Todavia, no ano de 2016 a matéria voltou a ser objeto de julgamento no Supremo Tribunal Federal, dessa vez no habeas corpus nº 126292/SP⁷, cujo relator foi o Ministro Teori Zavascki, tendo como questão controvertida a mesma veiculada no habeas corpus nº 84078, qual seja, a ausência de efeitos suspensivo dos Recursos Extraordinários.

Ocorre que, o Ministro Teori Zavascki, adotando posição absolutamente contrário ao definido no habeas corpus nº 84078, entendeu ser possível o início da execução da pena privativa de liberdade após a prolação de acórdão condenatório em segundo grau de jurisdição, ainda que interposto algum dos recursos extraordinários.

Segundo o Ministro, não há de se falar em ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência. Isso porque, ainda que o acusado interponha recurso especial ou extraordinário, esses, nos termos do artigo 637 CPP, não detém efeito suspensivo, logo, a decisão continua produzindo efeitos. Ou seja, o princípio da presunção de

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84078*. Relator: Ministro Eros Grau. Plenário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 09 out. 2017.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 09 out. 2017.

inocência ou não culpabilidade só é aplicável até a confirmação da condenação em segundo grau de jurisdição por órgão colegiado.

Aduziu, por fim, que a jurisprudência adotada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, que negava a possibilidade de execução da pena até o trânsito em julgado, fazia com que os acusados interpusessem diversos recursos com objetivos de atrasar a persecução penal e, com isso, fazer com que ocorresse a prescrição da pretensão estatal. Ou seja, havia um incentivo à interposição de recursos protelatórios.

Após mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, inconformada, a Ordem dos Advogados do Brasil, objetivando o retorno do Corte ao entendimento adotado anteriormente, uma vez que a decisão proferida no julgamento do habeas corpus nº 126292/SP não foi unânime, propôs Ação Declaratória de Constitucionalidade do artigo 283 do CPP. Este dispositivo é um desdobramento do artigo 5º LII da Constituição Federal, e prevê que ninguém será preso, salvo no caso de sentença condenatória transitada em julgado, ou cautelarmente no curso da investigação.

Todavia, em que pese o pleito apresentado pela Ordem dos Advogados do Brasil, o Supremo Tribunal Federal manteve a decisão proferida anteriormente no habeas corpus de relatoria do Ministro Teori Zavasck. Segundo decidiu o Plenário da Corte, liminarmente, "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88) e não viola o texto do art. 283 do CPP".⁸

Um argumento importante apresentado na referida Ação foi a do Ministro Roberto Barroso, segundo o qual o princípio da presunção de inocência não é uma regra, e por conta disso não pode ser entendido como absoluto. Segundo o Ministro, depois de confirmada a condenação em órgão colegiado de segunda instância, o princípio da presunção de inocência torna-se menos relevante, em detrimento do interesse da pretensão punitiva estatal de ver o culpado sendo punido.

Após a decisão proferida pelo Plenário, a nova análise da execução provisória da pena passa a ser pacífica. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, no julgamento, limitou-se a tratar dos desdobramentos processuais de sua decisão, deixando de lado alguns institutos muito importantes que são diretamente afetados, como, por exemplo, a prescrição.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 43*. Relator: Marco Aurélio. Plenário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 09 out. 2017.

Quanto ao tema, é importante observar que existem duas modalidades de prescrição, qual seja, a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória. Ocorre que o marco principal que diferencia as duas modalidades de prescrição é o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt⁹, em seu Tratado de Direito Penal, assevera que a prescrição da pretensão punitiva só poderá ocorrer antes de a sentença penal transitar em julgado. Quanto à prescrição da pretensão executória o autor assevera que está só pode ocorrer depois de transitada em julgado a sentença condenatória.

Ante a mutação constitucional apresentada no artigo 583, do Código de Processo Penal no que se refere ao trânsito em julgado da sentença condenatória, a Corte deveria modular os efeitos da decisão no que diz respeito à sua influência na prescrição penal, o que não ocorreu. Por conta disso, é importante à análise da perda da pretensão punitiva estatal por meio da prescrição à luz da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2. AS MODALIDADES DE PRESCRIÇÃO PENAL E SUAS DIFERENTES CARACTERÍSTICAS

Com a prática do fato criminoso, nasce para o Estado o direito de punir, também conhecido com *ius Puniendi*. Esse poder do Estado não pode ser considerado infinito, uma vez que caso assim fosse o autor do delito ficaria por toda sua vida com a possibilidade de ser punido, mesmo que passados muitos anos do ocorrido. Por conta disso, a prescrição passa a ser um fenômeno muito importante.

A Prescrição é uma causa extintiva da punibilidade, nos termos do artigo 107, do Código Penal. Trata-se do instituto pelo qual o Estado perde o seu poder punitivo, pois não atua a fim de exercer tal direito em um determinado período de tempo previsto em lei. Nesse sentido, segundo Cesar Roberto Bitencourt, prescrição é a “perda do direito de punir do Estado, pelo decurso do tempo, em razão do seu não exercício, dentro do prazo previamente fixado”¹⁰

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.888

¹⁰ *Ibidem*.

O Direito Penal Brasileiro prevê duas espécies de prescrição, quais sejam, a Prescrição da Pretensão Punitiva e a Prescrição da Pretensão Executória.

Conforme já analisado, com a prática do fato criminoso, nasce o direito punitivo Estatal. Nesse momento, passa-se a contagem do prazo da prescrição da pretensão punitiva. Tal modalidade prescricional ocorre antes do trânsito em julgado da demanda, por conta disso, ante a não existência de condenação definitiva, sua principal consequência é a inexistência dos efeitos do delito praticado.

Por sua vez, com o trânsito em julgado da decisão condenatória, a pretensão punitiva é convertida em pretensão executória, momento em que se inicia a contagem da prescrição da pretensão executória.

Ou seja, a linha divisória entre as modalidades de prescrição é o trânsito em julgado da sentença condenatória. Nesse sentido, Kleber Massom¹¹ assevera que, quanto à prescrição da pretensão punitiva, não ocorre o trânsito em julgado para a acusação e para a defesa, ao contrário do que se dá na prescrição da pretensão executória, na qual a sentença penal condenatória já transitou em julgado para o Ministério público ou querelado, bem como para a defesa.

Além dessas diferenças iniciais, é importante analisar os dois institutos separadamente.

A prescrição da pretensão punitiva obsta o exercício da ação penal, independentemente de estarmos diante de um processo judicial, ou mesmo em fase de inquérito. Findo o prazo previsto na lei, o Estado perde o interesse legitimador da sua intervenção.

A referida espécie prescricional se subdivide em três modalidades, quais sejam, a prescrição abstrata ou prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, a prescrição retroativa e a prescrição intercorrente.

A primeira modalidade, a prescrição abstrata ou da pretensão punitiva propriamente dita é aquela que tem como base o prazo abstratamente previsto como pena na legislação penal. Ou seja, o cálculo do prazo prescricional é feito sobre a pena máxima cominada em abstrato para cada infração penal, nos termos do artigo 109, caput, do Código Penal, que prevê que “a prescrição, antes de transitar em julgado a

¹¹ MASSON, Kleber. *Direito Penal Esquematizado*: parte geral. 9. ed. São Paulo:Gen,2016, p. 1.042.

sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime (...).¹²

O uso do prazo abstratamente previsto no tipo tem como fundamento o fato de não haver trânsito em julgado para nenhuma das partes, por conta disso, eventualmente, a pena pode chegar ao máximo ou ao mínimo previsto no tipo.

A segunda modalidade, a prescrição da pretensão punitiva retroativa, tem como base o artigo 110 §2º do Código Penal, segundo o qual “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.”¹³

De acordo com o referido dispositivo, pode-se verificar que a prescrição da pretensão punitiva retroativa, diferentemente do que se observa na modalidade anterior, não tem como base a pena abstratamente imposta pelo legislador, mas sim a pena em concreto determinada pelo magistrado sentenciante. Isso ocorre porque aquela prescinde de que a sentença condenatória transite em julgado para a acusação, o que faz com que não haja possibilidade que o tempo determinado pelo magistrado venha a ser posteriormente modificado, ante ao princípio do *non reformatio in pejus*.

A partir do momento em que há o trânsito em julgado para a acusação, analisa-se retroativamente o tempo decorrido entre o recebimento da denúncia e a sentença, tendo como base o prazo previsto nesta a título de condenação.

É importante mencionar ainda que, em que pese para esta modalidade de prescrição seja necessário o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, essa possui natureza de prescrição da pretensão punitiva e não da pretensão executória.

Nesse sentido, Rogério Greco¹⁴ assevera que:

O fato de ter o decisum transitado em julgado para o Ministério Público, não faz com que a prescrição ocorrida posteriormente à sentença penal condenatória seja considerada como da pretensão executória, pois aqui, como se percebe, o Estado não conseguiu formar seu título executivo judicial. Por mais que quisesse, o Estado não poderia executar a sua decisão, razão pela qual a natureza de tal prescrição deverá ser considerada como pretensão punitiva.

¹² BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm.> Acesso em: 09 out. 2017.

¹³ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm.> Acesso em: 09 out. 2017.

¹⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2014, p. 735.

Desse modo, por ser uma modalidade prescrição da pretensão punitiva sua ocorrência não pode gerar qualquer prejuízo ao acusado, como por exemplo a reincidência.

Por fim, a terceira modalidade de prescrição da pretensão punitiva é a prescrição intercorrente ou superveniente. Segundo Rogério Greco¹⁵ a prescrição superveniente é aquela que tem como marco inicial a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis, tomando-se por base o trânsito em julgado para acusação, ou o improvimento do recurso.

Aduz o autor que, em que pese o artigo 110, §1º mencione apenas sentença condenatória, deve-se interpretá-lo em sentido amplo, ou seja, como uma decisão judicial condenatória, podendo ser uma decisão monocrática, sentença, ou por um órgão colegiado, acórdão.

Nessa modalidade, assim como na prescrição retroativa, o prazo prescricional é calculado tendo como base o prazo cominado concretamente pelo magistrado sentenciante, ou pelo órgão de segundo grau, da mesma forma, a prescrição superveniente atinge a pretensão punitiva do Estado, já que não há trânsito julgado para ambas as partes, Ou seja, não se forma um título judicial.

Observa-se, apesar das semelhanças, a prescrição intercorrente não se confunde com a prescrição retroativa. Nesse sentido, Cesar Roberto Bitencourt¹⁶, assevera que, “A prescrição retroativa e intercorrente assemelham-se, com a diferença de que a retroativa volta-se para o passado, isto é, para períodos anteriores à sentença e a intercorrente dirige-se para o futuro, ou seja, para períodos posteriores à sentença condenatória recorrível.”

A partir do momento em que há o trânsito em julgado para ambas as partes não há de se falar mais em prescrição da pretensão punitiva, mas sim em prescrição da pretensão executória, nos termos do artigo 110 do Código Penal. Isso porque nesse momento estamos não mais no direito de punir do Estado, mas sim no direito executar a punição imposta. Desse modo, findo o prazo prescricional o Estado perde o direito de executar a sanção determinada pelo magistrado. Por conta disso, ante a existência de um título executivo judicial, ou seja, sentença penal condenatória, o acusado passa a ser

¹⁵ Ibidem, p.734.

¹⁶ BITENCOURT, op.cit., p. 909.

considerado réu e sofre todos os demais efeitos da pena, como, por exemplo, ser considerado reincidente.

No que se refere ao termo inicial de contagem do prazo prescricional, o artigo 112, do CP, prevê que a prescrição da pretensão executória começa a correr no dia do trânsito em julgado a sentença condenatória a acusação; do trânsito em julgado da sentença que revoga a suspensão condicional da pena ou livramento condicional; da interrupção da execução, executado quando o tempo da interrupção deve computar-se a pena.

Dentre as hipóteses de termo inicial para a prescrição da pretensão executória, tem maior relevância para este trabalho a primeira, qual seja, o trânsito em julgado para da sentença condenatória para a acusação, e será abordado em momento oportuno.

3. A INFLUÊNCIA DA RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

Com a possibilidade de execução provisória da pena após o trânsito e julgado, surge a seguinte dúvida: se apresentado Recurso Especial e Extraordinário pela Defesa, tendo a decisão transitado em julgado para a acusação, qual modalidade de prescrição que corre entre o acórdão e o julgamento definitivo do recurso?

Antes de responder à pergunta, é importante observar que, conforme mencionado no capítulo anterior, para que haja prescrição, independente de sua modalidade, há necessidade de que o Estado deixe de atuar quando deveria, ou seja, esteja inerte. Desse modo, no que se refere ao tema em comento, o prazo prescricional só correrá se o Estado, por algum motivo, não tiver iniciado a execução provisória da pena, seja porque o réu não é encontrado, seja porque fugiu. Isso porque não há inércia Estatal quando a pena está sendo executada.

Aparentemente, ante a inexistência de trânsito em julgado para ambas as partes aplicar-se-ia a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade superveniente. Todavia, o artigo 112, I, do CP, que trata da prescrição da pretensão executória, afirma que se inicia a contagem do prazo da prescrição no momento do trânsito em julgado para a acusação. Ou seja, de acordo com o Código Penal o marco inicial é o mesmo para as duas modalidades de prescrição, em que pese suas claras diferenças.

Por conta desse tratamento igualitário dado à prescrição da pretensão punitiva superveniente e a prescrição da pretensão executória, surge grande controvérsia quanto à aplicação do artigo 112, I CP.

Kleber Masson¹⁷, por exemplo, entende que a aplicação do referido dispositivo é plenamente válida, uma vez que se trata de norma benéfica ao acusado. Aduz que a Prescrição da Pretensão executória depende do trânsito em julgado para ambas as partes, todavia, com a ocorrência desse fato o termo inicial retroage ao trânsito em julgado para a acusação. Ou seja, quando a decisão definitivamente transitar em julgado já haverá prazo prescricional correndo, mas que é interrompido quando iniciado ou continuado o cumprimento da pena, nos termos do artigo 117, V do Código Penal. No mesmo sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁸

Por outro lado, Eugênio Pacelli¹⁹ entende que o processo de execução necessita do respectivo título executivo, desse modo, se faz necessário o trânsito em julgado para ambas as partes para ser possível a contagem da Prescrição da Pretensão executória. Nesse mesmo sentido foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal, quando ainda sustentava não ser possível a execução provisória da condenação antes do trânsito em julgado para ambas as partes²⁰.

Observa-se que tal matéria é amplamente controvertida. Por conta disso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu sua Repercussão Geral, estando pendente de julgamento²¹.

Se há controvérsia tanto doutrinária quanto jurisprudencial em relação ao início da contagem do prazo prescricional da prescrição da pretensão executória, diferente não poderia ser quanto à modalidade de prescrição a ser adotada entre o julgamento em segundo grau e o trânsito em julgado em definitivo.

Observa-se que, mesmo sendo controvertido o fato abordado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal²², apesar de alterar seu entendimento quanto à execução

¹⁷ MASSON, op.cit., p.1.070.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 254.080/SC*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze,. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24546461/habeas-corpus-hc-254080-sc-2012-0192734-7-stj/inteiro-teor-24546462>>. Acesso em: 09 out. 2017.

¹⁹ PACHELLI, Eugênio. *Manual de Direito Penal*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Gen, 2017, p.603.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 84078*. Relator: Ministro Eros Grau. Plenário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 09 out. 2017.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 84078*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Plenário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 09 out. 2017.

provisória da perna, nos termos explicados no primeiro capítulo, deixou de se manifestar sobre a influência da decisão quanto ao instituto da prescrição. Tal interpretação caberá, portanto, aos demais tribunais, bem como à doutrina.

Sobre o tema, Rogério Sanches²³, seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, entende que não há de se falar em prescrição da pretensão executória, uma vez que esta pressupõe o trânsito em julgado para ambas as partes. Segundo o autor:

De fato, se, como vimos, o prazo prescricional não corre enquanto o agente está cumprindo a pena – ainda que em execução provisória –, não há lugar para impor limitação temporal ao julgamento de recursos pelos tribunais superiores, a não ser que ao recurso especial ou extraordinário tenha sido conferido efeito suspensivo, situação em que a própria execução imediata da pena será obstada. E nos casos em que se dera a interrupção, mas o agente tenha fugido ou sido beneficiado por *habeas corpus*, a prescrição se inicia novamente na modalidade superveniente – e não executória, que pressupõe trânsito em julgado. Se a execução da pena não for retomada a tempo, a extinção da punibilidade atingirá os efeitos penais principais e secundários da condenação (se a prescrição fosse da pretensão executória, apenas os efeitos principais seriam impedidos).

Em sentido diverso é o posicionamento de Fernando Capez²⁴. Para o autor, com o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44 pelo Supremo Tribunal Federal a corte decidiu que não há ofensa à presunção de inocência o início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau. Assim, o prazo da prescrição da pretensão executória começará a ser contada da condenação ou da confirmação da sentença em segunda instância.

Em que pese o primeiro posicionamento tenha como amparo o indicado precedente da Corte Suprema, não parece ser o melhor entendimento.

Ocorre que o artigo 112, I, do Código Penal é claro ao dizer que o marco inicial da prescrição da pretensão executória é o trânsito em julgado para a acusação. Trata-se, sem sombra de dúvidas, de norma mais favorável ao réu, principalmente porque o período entre o acórdão condenatório e o trânsito em julgado em definitivo, geralmente, é bem longo. Desse modo, não pode a doutrina ou até mesmo a jurisprudência interpretar o referido dispositivo de forma contrária à literalidade e, principalmente, em prejuízo do réu.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 43*. Relator: Marco Aurélio. Plenário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 09 out. 2017.

²³ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*: parte geral. 5. ed. São Paulo: Juspodivm, 2017, p.362.

²⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p 635.

Nesse sentido entende Guilherme de Souza Nucci²⁵, que assevera o Seguinte:

O 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 houver desinteresse do Estado, nem inépcia, para fazer o condenado cumprir a pena, não deverá estar transcorrendo a prescrição da pretensão executória.

Entretanto, a lei é clara: começa a ser computada a prescrição da pretensão executória a partir da data do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação.

É importante salientar ainda que nada impede que entre o referido período corra a prescrição da pretensão punitiva na modalidade superveniente, uma vez que estaríamos diante de decisão transitada em julgado para a acusação, e não para a defesa. Ademais, essa modalidade prescricional é benéfica ao acusado uma vez que tem como efeito a extinção da punibilidade, não servindo, por exemplo, como reincidência nem mesmo maus antecedentes.

.O melhor entendimento, portanto, com devida vênia aos renomados doutrinadores citados acima, é no sentido de que com a possibilidade de execução provisória da pena após a decisão condenatória proferida por um Tribunal de Justiça, tendo sido apresentado pela defesa algum dos recursos extraordinários e estando o réu foragido, verifica-se a contagem de prazo para a prescrição da pretensão punitiva, bem como da prescrição da pretensão executória, concomitantemente, uma vez que, quanto à esta, quando do trânsito em julgado para ambas as partes, o marco inicial retroage ao trânsito em julgado para acusação. Nesse sentido é o entendimento de Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini.²⁶

CONCLUSÃO

No presente trabalho verificou-se que o Supremo Tribunal Federal modificou seu posicionamento quanto à execução provisória da pena, passando a entender que esta é possível após a sentença penal condenatória, independente do trânsito em julgado.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal*: parte peral. São Paulo: Gen, 2017, p.984.

²⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*: parte geral. 32. ed., São Paulo: Gen, 2017, p.415.

Todavia, a corte não tratou integralmente da matéria, deixando de abordar temas que são diretamente influenciados por essa decisão, como por exemplo a prescrição penal.

Verificou-se também que o fato de ser possível a execução provisória da pena influencia diretamente no instituto da Prescrição penal, uma vez que o trânsito em julgado da sentença condenatória é um fato muito importante para saber se estamos diante de Prescrição da Pretensão Punitiva ou Prescrição da Pretensão Executória, pois enquanto aquela é verificada antes do trânsito em julgado, está, em regra, ocorre apenas após o trânsito em julgado para ambas as partes, nesse último caso, desde que o réu esteja foragido.

O ponto de maior controvérsia da matéria está relacionado aos casos em que após a condenação em segundo grau há apresentação de recurso sem efeito suspensivo pela defesa, tendo a sentença transitado em julgado para a acusação e estando o réu foragido. Isso porque o artigo 112, I do Código Penal prevê que a prescrição da pretensão executória inicia a sua contagem com o trânsito em julgado apenas para a acusação, e não para a defesa.

Quanto ao tema, verificou-se que a doutrina não chegou a um consenso sobre a matéria, existindo várias correntes sobre o assunto.

A controvérsia existente, no entanto, tem como objeto norma de Direito Penal. Por conseguinte, como se trata de norma limitativa da liberdade do indivíduo, deve ser interpretada restritivamente e em benefício do réu. Desse modo, o melhor entendimento é no sentido de que, como o artigo 112, I do Código Penal traz uma norma benéfica ao réu, pois, segundo ela, no período entre o trânsito em julgado para a acusação e o trânsito em julgado em definitivo já estaremos diante de contagem da Prescrição da Pretensão executória.

Ademais, nesse período, além da contagem da prescrição da pretensão executória, há a contagem da prescrição da pretensão punitiva superveniente. Ou seja, dúvida não há que tal interpretação é melhor para o acusado, razão pela qual deve ser aplicada aos casos concretos.

Por fim, conforme demonstrado no primeiro capítulo, o Supremo Tribunal Federal por diversas vezes mudou seu entendimento quanto ao tema de execução provisória da pena. Assim, nada impede que venha a modificar mais uma vez o seu entendimento.

Espera-se, contudo, que em eventual mudança de entendimento ou até mesmo no caso de confirmação do entendimento atual, a Corte Suprema venha a definir com

clareza todo o desdobramento que pode gerar sua decisão, a fim de que seja resguardada a segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 24 abr. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 44*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84078*. Relator: Ministro Eros Grau. Plenário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 09 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 09 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 43*. Relator: Marco Aurélio. Plenário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 09 out. 2017.

_____. *Lei nº 9868/99*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 09 out. 2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p 635.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Juspodivm, 2017, p.362.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2014.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed., São Paulo, Saraiva, 2014.

MASSON, Kleber. *Direito Penal Esquematizado: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Gen, 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 32. ed., São Paulo: Gen, 2017, p.415.

NUCCI, *Guilherme de Souza*. *Curso de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Gen, 2017, p.984.