



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL ACERCA DO TERMO INICIAL DA  
PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA NO PROCESSO PENAL E SUAS  
IMPLICAÇÕES COM A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Lucas Aparício Rabelo

Rio de Janeiro  
2018

LUCAS APARÍCIO RABELO

A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL ACERCA DO TERMO INICIAL DA  
PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA NO PROCESSO PENAL E SUAS  
IMPLICAÇÕES COM A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

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

2018

## A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL ACERCA DO TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA NO PROCESSO PENAL E SUAS IMPLICAÇÕES COM A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Lucas Aparício Rabelo

Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado

**Resumo** – A prescrição da pretensão executória é um instituto do Direito Penal fundamental para resguardar o réu de arbitrariedades do Estado, dentre as quais a morosidade na execução da pena. Tal instituto sofreu modificações ao longo da história, que devem ser analisadas em conjunto com a construção jurisprudencial da execução provisória da pena, possibilitando uma compreensão aprofundada das razões da alteração legislativa. O trabalho se propõe a fazer essa interpretação histórica dos institutos, apresentando a profunda divergência entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça acerca do termo inicial da prescrição da pretensão executória. Ao final, posiciona-se acerca do melhor entendimento, apresentando críticas ao posicionamento contrário.

**Palavras-chave** – Direito Processual Penal. Extinção da punibilidade. Prescrição. Termo inicial da prescrição da pretensão executória. Divergência jurisprudencial. Supremo Tribunal Federal. Superior Tribunal de Justiça. Execução provisória da pena.

**Sumário** – Introdução. 1. A evolução histórica e legislativa da prescrição da pretensão executória 2. A execução provisória da pena e o termo inicial da prescrição da pretensão executória. 3. A divergência jurisprudencial e o perigo do ativismo judicial em questões envolvendo o direito penal. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca discutir a divergência jurisprudencial instalada nas Cortes Superiores acerca do termo inicial da prescrição da pretensão executória, no âmbito do processo penal, além de relacioná-la com a possibilidade de execução provisória da pena.

A previsão legal da prescrição da pretensão executória está no artigo 110 do Código Penal, mas a grande discussão reside no artigo 112, I, do Código Penal, que trata do início da fluência do prazo prescricional após sentença condenatória irrecurável.

Para tanto, faz-se necessário promover a análise histórica do artigo 112, I, do Código Penal, que teve sua redação alterada pela Lei nº 7.209/84. O dispositivo, que antes determinava que o termo inicial da prescrição da pretensão executória se iniciava a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, passou a dispor que o referido termo se inicia a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação.

É nesse sentido que se inicia o primeiro capítulo do presente artigo, fazendo um estudo acerca das razões da mudança legislativa sob o contexto histórico vivido e traçando um paralelo com o atual contexto histórico, em especial com o grande debate sobre a execução provisória da pena.

Já o segundo capítulo irá abordar o atual cenário em que se encontra o instituto da prescrição da pretensão executória. No que pese a sua redação clara, há grande divergência na doutrina e na jurisprudência acerca da interpretação do artigo 112, I, do Código Penal. Se por um lado o Superior Tribunal de Justiça adota uma interpretação literal do dispositivo, fixando como termo inicial o trânsito em julgado para a acusação, temos do outro lado o novo posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, que no RE nº 696.533/SC decidiu que a prescrição só começa a fluir quando a pretensão executória pode ser exercida.

A solução do empasse jurisprudencial e doutrinário deve vir da soma entre a interpretação histórica do dispositivo em comento e a aplicação de princípios basilares do direito constitucional penal, como o princípio da reserva legal e não-culpabilidade.

Por fim, o terceiro capítulo irá se destinar à análise pormenorizada da influência que a execução provisória da pena pode exercer sobre a prescrição da pretensão executória caso seja adotado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e suas consequências para o acusado.

A pesquisa será desenvolvida com base no método dedutivo, com procedimento de análise bibliográfica, além de eleger como fonte de pesquisa fontes formais e todo acervo jurídico doutrinário ligado ao assunto, consubstanciado em livros, comentários legislativos e artigos encontrados em periódicos jurídicos e na internet, bem como tomou-se como base divergência profunda encontrada em jurisprudência das Cortes Superiores.

## 1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

O instituto da prescrição é de fundamental importância no ordenamento jurídico penal brasileiro, visto que por meio dele é possível salvaguardar o acusado de abusividades perpetradas pelo Estado, dentre as quais a morosidade na execução da pena imposta na sentença.

Para Rogério Greco, “a prescrição nada mais é que o instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido a capacidade de fazer valer seu direito de punir em determinado tempo previsto pela lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade”<sup>1</sup>.

O estudo da prescrição, no âmbito do Direito Penal, comporta classificação, dividindo o instituto em prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória, sendo essa última objeto do análise da presente obra.

A prescrição da pretensão executória encontra fundamento legal no artigo 110 do Código Penal<sup>2</sup>, pelo qual se entende que a prescrição, depois de transitada em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena aplicada. Por sua vez, o artigo 112, I, do Código Penal<sup>3</sup> dispõe que o termo inicial da prescrição da pretensão executória é o dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação.

E é sobre esse último artigo que paira uma profunda divergência jurisprudencial nas Cortes Superiores. Em que pese a redação literal do artigo, existem duas grandes correntes interpretativas acerca do dispositivo, e tal controvérsia guarda íntima relação com a possibilidade de execução provisória da pena.

Entretanto, antes de iniciar a análise da questão do embate jurisprudencial, é necessário entender a origem da controvérsia, com base no contexto histórico da época em que o Código Penal foi elaborado e com enfoque na redação original do artigo 112, I, traçando um paralelo com o contexto histórico atual e a nova redação do referido artigo, conferindo assim maior relevância ao tema.

O artigo 112, I, do Código Penal, em sua redação original<sup>4</sup>, previa que a prescrição começava a correr do dia em que passava em julgado a sentença penal condenatória, sem qualquer ressalva. O dispositivo fazia, inclusive, menção expressa à sentença condenatória irrecorrível, o que demonstra que o legislador originário do Código Penal entendia que tão somente com esta é que se iniciava a contagem do prazo da prescrição executória.

Nesse cenário, a interposição de recursos, tanto pelo Ministério Público, quanto pelo acusado, não interferiria na aplicação da pena imposta, visto que a prescrição não correria enquanto houvesse recurso pendente de julgamento.

---

<sup>1</sup> GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 435.

<sup>2</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De12848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm). Acesso em: 18 abr. 2018.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 18 abr. 2018.

Destarte, o manejo de recursos com a finalidade de prostrar o julgamento definitivo tinha como único objetivo postergar eventual imposição de pena privativa de liberdade e o respectivo encarceramento, visto que o instituto da prescrição não socorreria o acusado, já que a fluência do prazo se dava tão somente com a sentença condenatória irrecorrível.

Não há de se olvidar que esse panorama era demasiadamente prejudicial ao réu, já que os demorosos julgamentos dos recursos manejados, frutos de um Judiciário sobrecarregado e moroso, não o beneficiavam. Assim, o Ministério Público poderia apenas esperar o momento oportuno para execução da pena, por mais postergado que esse momento fosse, e o réu haveria apenas de torcer para que seu recurso fosse provido antes da execução provisória da pena.

Tal contexto jurídico não pode ser dissociado da influência política que se vivia à época. Por meio de uma interpretação histórica, é possível denotar que o Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de setembro de 1940 (Código Penal)<sup>5</sup> foi concebido em meio ao Estado Novo, ditadura presidencialista liderada por Getúlio Vargas.

Apesar de o Estado Novo ter apresentado diversos avanços nos direitos individuais dos cidadãos, é certo que também foi fortemente influenciado por ideais nazifascistas, especialmente pelo governo de Mussolini, na Itália. Não é a toa que a Constituição de 1937<sup>6</sup> foi conhecida como “a Polaca”, em razão da influência da Constituição da Polônia, que por sua vez recebeu ingerência direta do supracitado governante.

Diante dessa conjuntura, nasceu um Código Penal fortemente influenciado por uma política punitivista, o que explica a redação original do art. 112, I<sup>7</sup>, cuja preocupação maior era a punição do réu, sem se preocupar com o decurso temporal para concretizar tal objetivo.

Com o advento da Lei nº 7.209 de 1984<sup>8</sup>, o referido dispositivo recebeu nova redação, passando a prever o trânsito em julgado para a acusação como termo inicial da prescrição da pretensão executória, apesar de continuar exigindo a existência de sentença penal condenatória irrecorrível para que essa se configure.

Dessa forma, com a Reforma Penal de 1984, passou-se a entender que após sentença condenatória irrecorrível, seria necessário fazer uma análise retroativa, aferindo se entre o

---

<sup>5</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>6</sup> BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 27 set. 2018.

<sup>7</sup> Câmara dos Deputados, op. cit nota 4.

<sup>8</sup> BRASIL. *Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm)>. Acesso em: 27 set. 2018

trânsito em julgado para a acusação e a execução da pena imposta na sentença teria ocorrido a prescrição da pretensão executória, extinguindo a punibilidade do condenado em razão da inércia do Estado em impor a pena concretizada em sentença judicial.

A mudança legislativa encontra elucidação no quadro histórico, visto que foi realizada durante o período da Redemocratização, que viria a acabar com a Ditadura Militar no ano posterior. Assim sendo, é possível encontrar forte influência garantista na predita Reforma Penal, buscando suprimir as arbitrariedades que caracterizavam o Direito Penal e privilegiando a liberdade do cidadão.

Nessa perspectiva, o réu passou a ser resguardado pela prescrição da pretensão executória, podendo alegá-la sempre que o Estado fosse incapaz de proferir julgamento definitivo no tempo previamente fixado pela lei.

Paralelamente à mudança legislativa acerca da prescrição da pretensão executória, é fundamental destacar que o Supremo Tribunal Federal possuía uma jurisprudência tradicional, mesmo antes da Reforma Penal de 1984, admitindo a execução provisória da pena após julgamento de recurso em 2ª instância. Nesse sentido, nos ensina Eugênio Pacelli e Andre Callegari<sup>9</sup>:

É que ao tempo do Código Penal – e mesmo após, com a Reforma de 1984 (Lei 7.209) -, a execução da sentença condenatória ocorria já no segundo grau, ou seja, já com a apreciação do recurso interposto contra a sentença de primeiro grau. Ou seja, já na segunda instância tinha início a execução da pena e, em consequência, tinha também início a contagem do prazo da prescrição da pretensão *executória*.

Tal jurisprudência se coaduna com um ideal fortemente punitivista que permeou o Direito Penal por diversos anos, privilegiando a retributividade em detrimento dos ideais de ressocialização e resguardo aos direitos fundamentais do acusado.

Mesmo com o advento da Constituição da República de 1988<sup>10</sup>, conhecida como “Constituição Cidadã”, e a introdução dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, o Supremo Tribunal Federal manteve sua jurisprudência, que até hoje persiste, permitindo a

---

<sup>9</sup> CALLEGARI, André; PACELLI, Eugênio. *Manual de direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 445.

<sup>10</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 29 set. 2018

execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, indo de encontro à presunção de inocência, instituída no artigo 5º, LVII, CRFB/88<sup>11</sup>.

Como se verá no Capítulo seguinte, tal posicionamento jurídico, apesar de ser predominante na jurisprudência hoje, vem sendo fortemente criticado pela doutrina. Além disso, a adoção de uma ou outra corrente terá repercussão na análise da prescrição da pretensão executória, razão pela qual se faz fundamental analisar a grande controvérsia jurisprudencial que envolve a execução provisória da pena e a prescrição da pretensão executória.

## 2. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

Conforme pontuado em capítulo anterior, a prescrição da pretensão executória tem base legal no artigo 112, I, do Código Penal<sup>12</sup>, que teve sua redação alterada pela Reforma Penal de 1984, tornando o termo inicial da prescrição da pretensão executória o trânsito em julgado para acusação, que somente será observado após a sentença penal condenatória se tornar irrecorrível.

Paralelamente, há a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que permite a execução provisória da pena após acórdão condenatório e o exaurimento dos recursos em 2ª instância.

Contudo, há de se observar que tal jurisprudência nem sempre se manteve na Suprema Corte. Em 05 fevereiro de 2009, o Supremo Tribunal Federal alterou sua jurisprudência, vedando a execução provisória da pena enquanto não houvesse trânsito em julgado da decisão para acusação e para defesa, conforme HC nº 84.078/MG<sup>13</sup>.

É fundamental fazer breve menção à importância desse julgado, responsável por compatibilizar a jurisprudência das Cortes Superiores com o texto constitucional, dando prevalência ao postulado da presunção de inocência (ou presunção de não-culpabilidade, para alguns), que há muito estava prevista na Carta Maior, mas cuja eficácia era limitada pela jurisprudência punitivista que prevalecia nos Tribunais.

---

<sup>11</sup> Ibid.

<sup>12</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

Entretanto, por meio de tal posicionamento da Suprema Corte, o artigo 112, I, do Código Penal<sup>14</sup> passou a gerar uma situação prejudicial para a acusação: caso o Ministério Público não recorresse de determinada sentença e houvesse recurso defensivo, o prazo da prescrição da pretensão executória começaria a fluir, mesmo diante da impossibilidade de execução da pena, até que houvesse trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Com isso, o Ministério Público estava sujeito à prescrição mesmo que não houvesse inércia de sua parte.

Com isso, parte da doutrina passou a sustentar que a prescrição da pretensão executória tivesse fluência a partir do trânsito em julgado para ambas as partes, e não do trânsito em julgado para a acusação, conferindo uma interpretação diametralmente oposta ao preceito expresso do artigo 112 do Código Penal<sup>15</sup>.

A posição sustentada pela doutrina nesse interregno tinha por objetivo evitar que o Estado sofresse os efeitos da prescrição antes mesmo de poder exercer o direito de executar a pena aos condenados. Entretanto, encontra óbice na própria redação legal, já que não há como dispor de interpretação diversa à prevista no próprio artigo, que é claro e objetivo no que tange ao termo *a quo* de fluência do prazo prescricional.

Hodiernamente, o Supremo Tribunal Federal voltou a admitir a execução provisória da pena após esgotamento dos recursos interpostos em 2ª instância (conforme HC nº 126.292/SP<sup>16</sup>, de 17 de fevereiro de 2016), razão pela qual entendo que o artigo 112, I, do Código Penal<sup>17</sup> voltou a desempenhar a função idealizada pelo legislador de 1984.

Em razão do dissenso de parte da doutrina com o cenário gerado pela alteração jurisprudencial, caberia fazer uma interpretação histórica do supracitado artigo, conforme já apontado em linhas ao norte.

O cenário antes da Reforma Penal de 1984 era desfavorável ao réu, uma vez que era possível a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas o texto legal previa que o termo inicial da prescrição após sentença condenatória irrecorrível era do dia em que ela passava em julgado. Em outras palavras, pela interpretação da jurisprudência com a dicção legal, era possível executar provisoriamente a

---

<sup>14</sup> BRASIL, op. cit., nota 12.

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 126.292. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12369525>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

<sup>17</sup> BRASIL, op. cit., nota 15.

pena sem dar início ao prazo da prescrição da pretensão executória, visto que não havia ainda trânsito em julgado.

Com a nova redação conferida ao aludido artigo pela Lei nº 7.209/84<sup>18</sup>, conferiu-se maior proteção ao réu, visto que a partir de então a prescrição da pretensão executória começava a fluir do trânsito em julgado para a acusação, ou seja, em momento anterior à execução provisória da pena, podendo, na pior das hipóteses, coincidir com o dia da execução da sentença penal condenatória. Dessa forma, concretizou-se o objetivo do legislador com a reforma do aludido artigo.

Em que pese a jurisprudência atual esteja consolidada, há forte pressão dentro do próprio Supremo Tribunal Federal para que se abandone a execução provisória da pena, e apenas se permita o encarceramento dos acusados após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Confirmando a assertiva acima, há fortes pressões políticas exercidas sobre o STF para o julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43<sup>19</sup> e 44<sup>20</sup>, que buscam modificar o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, buscando reafirmar o artigo 5º, LVII da CRFB/88 e artigo 283 do Código de Processo Penal<sup>21</sup>.

São vários os argumentos para que haja a mudança jurisprudencial. Alguns, de ordem política, em razão das condenações impostas à grandes políticos; outros dizem respeito ao grande contingente carcerário brasileiro, incapaz de ressocializar os detentos; por fim, analisa-se a própria Constituição, que em seu artigo 5º, LVII<sup>22</sup>, veda a execução provisória da pena.

No entanto, caso de fato haja a reversão jurisprudencial do tema, a vedação da execução provisória da pena faria com que o artigo 112, I, do Código Penal<sup>23</sup> perdesse sua função histórica, recebendo do aplicador do Direito interpretação atemporal, fora do contexto original em que foi concebida.

Nesse sentido, são as palavras de Eugênio Pacelli e Andre Callegari<sup>24</sup>:

---

<sup>18</sup> BRASIL, op. cit., nota 8.

<sup>19</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 43*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 29 set. 2018.

<sup>20</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 44*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>>. Acesso em: 29 set. 2018.

<sup>21</sup> BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/De13689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13689Compilado.htm)>. Acesso em: 29 set. 2018.

<sup>22</sup> BRASIL, op. cit., nota 11.

<sup>23</sup> BRASIL, op. cit., nota 17.

<sup>24</sup> CALLEGARI; PACELLI, op. cit., p.445.

Hoje, porém, não se admite a execução provisória da condenação, exigindo-se o trânsito em definitivo. Assim, o art. 112, I, primeira parte, não pode ter mais eficácia alguma, porquanto, na pendência de recurso da defesa, não se poderá executar provisoriamente a condenação.

Há de se destacar que a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal acolheu essa tese doutrinária, não obstante permitir da execução provisória da pena, não fazendo, contudo, a interpretação histórica do dispositivo, se limitando a uma interpretação sistemática sob a ótica da execução da pena por parte do Estado e o princípio da razoabilidade.

Sendo assim, a fluência do termo inicial da prescrição da pretensão executória se daria a partir do momento em que a pretensão executória pudesse ser exercida pelo Estado, seja pelo trânsito em julgado da sentença penal condenatória para ambas as partes (ignorando o artigo próprio), seja pela execução provisória da pena.

Não obstante a contemporânea jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a única certeza é que nada está definido. O cenário político-social vivido nos últimos anos tem causado profundas alterações jurisprudenciais, sendo certo que o tema da execução provisória da pena, que possui fortes reflexos no termo inicial da prescrição da pretensão executória, ainda está em aberto

### 3. A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL E O PERIGO DO ATIVISMO JUDICIAL EM QUESTÕES ENVOLVENDO O DIREITO PENAL

Conforme abordado no capítulo anterior, a nova redação do artigo 112, I, do Código Penal<sup>25</sup>, representou uma preocupação do legislador com a situação do réu, visto que o panorama anterior permitia que o acusado começasse a cumprir pena provisoriamente, sem que sequer houvesse a fluência do prazo da prescrição da pretensão executória, visto que para isso exigia-se sentença condenatória irrecurável.

O legislador compatibilizou as garantias próprias do réu no processo penal com a possibilidade de se executar provisoriamente a pena. Esse cenário persiste até os dias de hoje, em que pese a profunda instabilidade jurisprudencial acerca do tema.

---

<sup>25</sup> BRASIL, op. cit., nota 22.

Contudo, a jurisprudência criou um grande celeuma acerca do termo inicial da prescrição da pretensão executória no âmbito do Direito Penal, cujos reflexos atingem um dos bens jurídicos mais caros do ser humano: a liberdade.

A interpretação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça preza pela estrita legalidade, realizando uma interpretação filológica do dispositivo, não abrindo exceções a uma norma que é cristalina e, portanto, não pode ser flexibilizada. Apesar disso, é possível vislumbrar, em última análise, uma verdadeira interpretação histórica, visto que aplicá-la em sua literalidade é respeitar os fundamentos que deram origem a sua redação e, como dito acima, ainda persistem.

Não se pode ignorar que a aplicação da questionada norma em sua literalidade cria uma situação desfavorável para a acusação e, em última análise, para o próprio Estado, visto que é o sujeito passivo permanente de todos os crimes praticados. Não são poucas as situações em que são manejados diversos recursos protelatórios para buscar a ocorrência da prescrição da pretensão executória, visto que essa se conta do trânsito em julgado para a acusação até o acórdão condenatório irrecurável.

Nesse paradigma, os réus logram êxito em extinguir a punibilidade de seus crimes por meio de subterfúgios legais, em razão de brechas na legislação que permitem a interposição de recursos de cunho nitidamente protelatórios e o sobrecarregamento do Judiciário, que não consegue processar e julgar um acervo infindável de ações e recursos.

A aplicação do sobredito artigo é responsável pelo descrédito que o Poder Judiciário vem sofrendo nos últimos anos. A necessidade de aplicação da prescrição da pretensão executória, especialmente em razão da própria morosidade do Judiciário, cria no jurisdicionado a sensação de impunidade e anarquia, visto que até os crimes mais deploráveis deixam de ser aplicados em razão da prescrição.

Ciente de toda essa situação, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 696533/SC<sup>26</sup>, da Relatoria do Min. Luiz Fux, decidiu que o termo inicial da prescrição da pretensão executória se daria com a possibilidade do exercício da pretensão executória, ou seja, pela execução provisória da pena ou pelo trânsito em julgado para a acusação e para a defesa.

É fundamental ressaltar que o referido julgado não possui lastro legal algum. Trata-se, em verdade, de decisão fundada em interpretação sistemática do ordenamento jurídico,

---

<sup>26</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *RE nº 696.533/SC*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14438926>>. Acesso em: 15 out. 2018.

dispondo que a prescrição da pretensão executória não pode fluir enquanto o Estado não puder, de fato, executar a pena imposta na sentença. Veda-se, portanto, que o Estado seja prejudicado pela prescrição em hipóteses em que não atuou com desídia.

A referida decisão é uma verdadeira resposta à sociedade, que clama por uma reação Estatal mais dura aos delitos cometidos, restringindo a possibilidade de ocorrência da prescrição em razão de recursos protelatórios e da própria inércia do Poder Judiciário. Dessarte, somente poderia fluir o prazo da prescrição executória após o trânsito em julgado da decisão condenatória para ambas as partes (nos moldes da redação antiga do art. 112, I, do CP) ou a partir da decretação da execução provisória da pena cominada.

Nesses termos, é possível vislumbrar uma redução drástica no número de recursos interpostos, tendo em vista que os protelatórios de nada servirão à defesa, já que foram tornados inúteis pela nova orientação do Supremo Tribunal Federal. Além disso, busca-se diminuir o descrédito do Judiciário, que não irá arcar com dezenas de manchetes semanais apontando a prescrição de crimes que muitas vezes chocam a sociedade.

Contudo, fica o seguinte questionamento: poderia o Supremo Tribunal Federal afastar o conteúdo de norma expressa para aplicar entendimento contrário?

Inicialmente, há de se observar que o ativismo judicial que vem sendo adotado pelo Pretório Excelso encontra barreira no princípio da Separação dos Poderes, adotado expressamente no artigo 2º da Constituição Federal<sup>27</sup>. Dessa forma, se o Legislativo, Poder com a atribuição constitucional para elaborar leis, dispôs que o termo inicial da prescrição da pretensão executória é o trânsito em julgado para a acusação, como a Corte Constitucional Brasileira, guardiã da efetividade da Carta Maior, pode dispor diversamente?

O Supremo Tribunal Federal utilizou de argumentos metajurídicos e de interpretações sistemáticas para afastar disposição legal vigente, extrapolando a sua função constitucional com o objetivo de atender demandas sociais e midiáticas, algo que não é próprio de uma Corte Constitucional.

Como bem se sabe, a função do juiz é se manter alheio às pressões sociais e da mídia, buscando aplicar o Direito posto ao caso concreto de forma a concretizar a Justiça, buscando se manter imparcial para não comprometer o exercício da jurisdição. Deve o magistrado se atentar à tecnicidade, observando sempre que possível a jurisprudência, garantindo assim a uniformidade da aplicação do Direito.

---

<sup>27</sup> BRASIL, op. cit., nota 22.

A razão do entendimento acima é clara: produzir segurança jurídica. O objetivo de haver um Judiciário técnico e alheio às paixões sociais é ter um ordenamento jurídico uniforme e seguro. Contudo, o Supremo Tribunal Federal vai de encontro a tal entendimento, produzindo jurisprudência dissonante de texto legal e produzindo grande insegurança jurídica em área sensível do Direito, pois atinente à liberdade do cidadão.

É fácil concluir, portanto, que a resposta produzida pelo Supremo Tribunal Federal representou verdadeiro ativismo judicial, “legislando” de forma contrária à vontade do legislador, algo que não é próprio do Poder Judiciário. Em verdade, a resposta para tais demandas sociais deve vir do Poder Legislativo, visto que é o legitimado para tomar tais decisões.

Por tais razões, acredita-se que o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça quanto à matéria é o mais adequado, alinhando-se com a hermenêutica constitucional. Assim, tem-se a aplicação do direito na forma proposta pelo Legislador, que em última análise observa o princípio da legalidade e afasta os efeitos nefastos que o ativismo judicial descontrolado exerce sobre um Estado Democrático de Direito.

## CONCLUSÃO

Essa pesquisa buscou apresentar, de forma sucinta, a evolução legislativa do termo inicial da prescrição da pretensão executória, sem esquecer de apresentar o panorama político-histórico vivenciado à época da produção dos textos legais.

Nesse sentido, foi possível verificar que as mudanças legislativas que alteraram o rigor do direito penal nessa matéria acompanharam os rigores dos regimes políticos vividos à época de suas respectivas edições, demonstrando que o contexto político não se distancia dos aspectos jurídicos.

Realizou-se, portanto, uma interpretação histórica do artigo 112, I, do Código Penal, mediante a qual se extraiu que a atual redação do referido dispositivo foi um avanço garantista, fruto do período da Redemocratização, resguardando o réu da morosidade do Judiciário em aplicar a pena privativa de liberdade. Dessa forma, não seria possível vislumbrar o cenário em que o réu responderia *ad eternum* a um processo penal, cujo fim não seria alcançado em razão da demora no julgamento dos recursos, fosse da acusação, fosse da defesa.

Foi necessário também relacionar a evolução histórica da prescrição da pretensão executória com o entendimento jurisprudencial da possibilidade de execução provisória da pena, que apesar de doutrinariamente inconcebível e alvo de muitas críticas do mundo jurídico, vem sendo aplicado atualmente pelo Supremo Tribunal Federal.

A interrelação entre os institutos da prescrição da pretensão executória e da execução provisória da pena foi alvo de análise pormenorizada, na qual se entendeu que a forma que o Código Penal trata o termo inicial da prescrição executória condiz com a vontade do legislador, que editou a alteração legislativa em razão da possibilidade da execução provisória da pena.

Nesse sentido, possibilitar a execução provisória da pena e exigir que o termo inicial da prescrição da pretensão executória seja o trânsito em julgado para ambas as partes nos remete à situação jurídico-penal vivida antes da Reforma Penal de 1984. Assim sendo, a jurisprudência estaria dando interpretação *contra legem* e em dissonância à própria vontade do legislador, desconsiderando, inclusive, a interpretação histórica do dispositivo penal.

Pelas razões acima expostas, defende-se o respeito ao princípio da legalidade, que recebe maior protagonismo no âmbito do Direito Penal. Além disso, buscou-se tratar da questão do ativismo judicial e o perigo de sua utilização indiscriminada pelo Pretório Excelso, podendo culminar no desrespeito ao princípio da separação de poderes.

Ao final do trabalho, fica evidente o alinhamento ao entendimento exposto pelo Superior Tribunal de Justiça, tecendo duras críticas ao posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal, que sequer é pacífico dentro da própria Corte.

É preciso, portanto, respeitar as leis, em especial quando se trata de um Tribunal constitucional, não sendo razoável a adoção de posturas proativas por parte do tribunal judiciário, conferindo interpretação diversa à dispositivo legal vigente. Esse trabalho buscou apresentar a repercussão desse entendimento *contra legem*, com todas as suas implicações, desde o respeito à evolução histórica da legislação até a aplicação de princípios do Direito Penal e limites de atuação da Suprema Corte Brasileira.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 18 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 18 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 18 set. 2018.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 18 abr 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm)>. Acesso em: 15 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 43*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em: 15 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADC nº 44*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986729>>. Acesso em: 15 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.078*. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 126.292*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12369525>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 696.533/SC*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14438926>>. Acesso em: 22 out. 2018

CALLEGARI, André; PACELLI, Eugênio. *Manual de direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

Câmara dos Deputados. *Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 18 abr 2018.

GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado*. 11. ed. Niterói: Impetus, 2017.