

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO E SERVIÇO SOCIAL**

**FELIPE ALMEIDA VIÉGAS**

**TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO  
PENAL EXECUTÓRIA:  
(IN)COERÊNCIA SISTEMÁTICO-AXIOLÓGICA E A NECESSÁRIA  
CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL**

**SOUSA  
2016**

**FELIPE ALMEIDA VIÉGAS**

**TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO PENAL  
EXECUTÓRIA:  
(IN)COERÊNCIA SISTEMÁTICO-AXIOLÓGICA E A NECESSÁRIA  
CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL**

Trabalho monográfico de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. André Gomes de Sousa Alves

**SOUSA  
2016**

**Felipe Almeida Viégas**

**TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO  
PENAL EXECUTÓRIA:  
(IN)COERÊNCIA SISTEMÁTICO AXIOLÓGICA E A NECESSÁRIA  
CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL**

**Data de Aprovação:** Sousa, 18 / 05 / 2016

Banca Examinadora:

---

Prof. Me. André Gomes de Sousa Alves  
(Orientador)

---

Prof. Osmando Formiga Ney

---

Profa. Kaline Lima de Oliveira Moreira

## AGRADECIMENTOS

À Deus, por tudo, absolutamente tudo.

Aos meus pais, Maria Lúcia Viégas e Ricardo Almeida Viégas, por todo o amor que a mim dedicaram durante o percurso do caminho que me conduziu até este momento, pelo apoio nos tempos em que faltou-me acerto, pelo incentivo nos anos da academia, mas, sobretudo, pelo exemplo de vivência, o qual sempre buscarei seguir, pois fórmula da vida boa.

À Vanessa Kethyla Costa Santos cujo apoio e carinho superaram qualquer distância geográfica, religiosa ou ideológica.

À minha família *lato sensu* (meu avô, Geraldo Seixas Viégas (*in memoriam*); minhas avós, Edite e Olindina; tios; primos) cujo afeto está indelevelmente impresso em mim e neste trabalho.

À Zezinha, José, João, Joana, Naelza, Maria, Éllida, Jackson, Chico, Diógenes e todas as outras personagens que coadjuvaram a minha estadia em Sousa, contribuindo de modo singelo, particular, porém essencial à realização do meu projeto acadêmico e de vida.

Aos professores que plantaram e fizeram germinar em mim a verve acadêmica (os da sala de aula e os dos livros).

Ao curso de Direito das Faculdades Integradas de Patos (FIP) e ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande (CCJS - UFCG).

“And in the end, the love you  
take is equal to the love you  
make”.

(Lennon/McCartney)

## RESUMO

O presente trabalho monográfico de conclusão de curso versa sobre o instituto jurídico da prescrição penal, especialmente sobre o termo inicial do prazo prescricional da pretensão penal executória do Estado e sua (in)adequação sistemática e axiológica à arquitetura normativa hodierna, perspectivada pelos postulados que informam a ordem constitucional e conformam a legislação penal infraconstitucional vigente no Brasil. Para tanto, fez-se uso dos métodos de abordagem dedutivo e indutivo, dos métodos de procedimento histórico e comparativo, bem como das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. A unidade do ordenamento jurídico determina a harmonização da Constituição com a normatividade que lhe é hierarquicamente inferior, bem como a conciliação dialógica dos próprios elementos que compõem uma e outra. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inaugurou uma nova ordem constitucional, um novo paradigma jurídico que impôs ao intérprete da lei, por conseguinte, a indispensável (re)condução do conjunto normativo infraconstitucional aos princípios constitucionais, ou seja, às diretrizes da Lei Fundamental na qual se assenta o caráter sistemático do ordenamento jurídico. O intérprete do Direito, portanto, labora sobre um sistema jurídico que, enquanto arcabouço normativo interdependente, pressupõe coesão e ajustamento. A Constituição é o elemento integrativo desse sistema, dela se irradia a ideia de unidade da ordem jurídica. O termo inicial do prazo prescricional da pretensão penal executória estatuído na lei penal brasileira pressupõe a possibilidade de execução provisória da pena, o que, incompatível com o princípio da presunção de inocência expressamente previsto na atual Carta Política brasileira, conduz a uma desnaturação do instituto jurídico da prescrição em seus fundamentos. Nesta senda, busca-se analisar a lógica dialética do sistema recursal e prescricional da legislação penal brasileira e sua conformidade constitucional, defendendo-se a necessária adequação legislativa, ou judicial, por meio da interpretação conforme a Constituição, do aludido termo.

**Palavras-chave:** Prescrição penal. Termo inicial do prazo prescricional da pretensão penal executória. Caráter sistemático do ordenamento jurídico. Princípio da presunção de inocência. Constituição.

## ABSTRACT

The present completion of course monographic work is about the legal institute of criminal limitation, especially about the initial term of the State's enforceable criminal pretension limitation statute and its systematic and axiological (in)adequacy to the current normative architecture, envisaged through the postulates that inform the constitutional order and conform the current infraconstitutional criminal legislation in Brazil. For this, it was used deductive and inductive approach methods, historical and comparative methods of procedure, as well as bibliographical and documentary techniques of research. The unit of the legal system determines the harmonization of the Constitution with the hierarchically lower normativity, as well as the dialogic conciliation of the own elements that compose one and the other. The 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil inaugurated a new constitutional order, a new legal paradigm that imposed to the interpreter of the law, consequently, the indispensable (re)conduction of the infraconstitutional normative set to the constitutional principles, in other words, to the guidelines of the Fundamental Law in which sits the systematic character of the legal system. The interpreter of the law, therefore, works on a legal system that, while interdependent normative framework, presupposes cohesion and adjustment. The Constitution is the integrative element of this system, from it radiates the idea of the unit of legal order. The initial term of the enforceable criminal pretension limitation statute established in Brazilian criminal law presupposes the possibility of the provisional execution of the penalty, which, incompatible with the expressly provided in the current Brazilian Policy Letter principle of presumption of innocence, leads to a denaturation of the legal institute of limitation on its foundations. In this path, the aim is to analyze the dialectical logic of the appeal and limitation system of the Brazilian criminal law and its constitutional conformation, defending the necessary legal adequacy, or judicial, through interpretation according to the Constitution, of the aforementioned term.

**Keywords:** Criminal limitation. Initial term of the enforceable criminal pretension limitation statute. Systematic character of the legal system. Principle of presumption of innocence. Constitution.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	9
2 OS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DA SANÇÃO PENAL, SUA (IM)POSIÇÃO, FUNÇÃO E LIMITES EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO .....	13
2.1 TEORIAS DA PENA.....	14
2.1.1 Teorias Absolutistas.....	15
2.1.2 Teorias Preventivas ou Relativistas .....	17
2.1.3 Teorias Mistas ou Unificadoras.....	19
2.2 - O <i>IUS PUNIENDI</i> E A PRETENSÃO PENAL DO ESTADO .....	19
2.2.1 Da complementaridade do direito penal material e formal no exercício da atividade punitiva do Estado .....	20
2.2.2 Da extinção da pretensão penal do Estado .....	21
3 O TEMPO E SUA INFLUÊNCIA SOBRE AS RELAÇÕES JURÍDICO-PENAIS <b>Erro!</b> <b>Indicador não definido.</b>	
3.1 ORIGEM DA SOCIEDADE .....	22
3.2 DIREITO: INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL .....	25
3.3 FATO JURÍDICO TEMPO .....	28
4 - DA PRESCRIÇÃO PENAL.....	29
4.1 ORIGEM DO INSTITUTO E SUA EVOLUÇÃO NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA ....	31
4.2 CONSTRUÇÕES TEÓRICAS ACERCA DO FUNDAMENTO DA PRESCRIÇÃO DE NATUREZA PENAL .....	34
4.2.1 Teoria do Esquecimento.....	35
4.2.2 Teoria da Emenda .....	35
4.2.3 Teoria Psicológica.....	36
4.2.4 Teoria da Dispersão das Provas.....	36
4.2.5 Teoria da Analogia Civilista .....	36
4.3 – CLASSIFICAÇÃO .....	39

4.5.1 - Prescrição da Pretensão Penal Punitiva.....	40
4.5.1 – Prescrição da Pretensão Penal Executória.....	41
5 TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO PENAL EXECUTÓRIA: POR UMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICO-AXIOLÓGICA E CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA .....	41
5.1 A CARTA DE OUTUBRO EM COLISÃO COM A LÓGICA DO SISTEMA DE EXECUÇÃO CRIMINAL.....	49
5.2 HABEAS CORPUS 84.078: RECONHECIMENTO DA FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	52
5.3 HABEAS CORPUS 126.292: ALÉM DOS LIMITES SEMÂNTICOS DO TEXTO CONSTITUCIONAL .....	55
5.4 A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICO-AXIOLÓGICA E CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA.....	58
6 – CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	60
REFERÊNCIAS.....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Estado moderno, suficientemente forte, superou a vingança privada - própria das fases primitivas da civilização -, chamando a si o dever de administrar a justiça. Na seara penal, a administração da justiça pelo Estado traduziu-se no monopólio estatal do poder punitivo (*ius puniendi*), ou seja, ao Estado coube o exercício, com exclusividade, do poder de sancionar o transgressor da ordem jurídico-penal. Tal poder, no entanto, num Estado de Direito, não ilimitado ou incondicional, mas, ao revés, limitado, condicionado. Nele, o Estado e o Direito são complementares e interdependentes, com este último limitando o poder daquele primeiro.

A lei penal, em um Estado de Direito, ao regradar a atuação estatal punitiva, ao mesmo tempo a limita, garantindo, assim, o indivíduo que a ela é submetido.

Nesse sentido, a extinção da punibilidade do autor do fato delituoso consubstancia uma das formas, no âmbito penal, de limitação do poder estatal; verificada, importa no falecimento ao Estado da possibilidade de perseguir ou levar a efeito punição àquele a quem se imputa a prática de ilícito penal.

O rol de causas que limitam a atividade punitiva do Estado, impondo a extinção da punibilidade do agente - previsto no artigo 107 do Código Penal (CP) brasileiro -, não é taxativo, *numerus clausus*; da mesma natureza jurídica compartilham outros fatos, não inclusos no mencionado artigo, mas previstos no próprio CP e na legislação penal extravagante.

O presente trabalho monográfico de conclusão de curso tem por objeto de estudo a limitação temporal imposta pela ordem jurídica à atividade punitiva do Estado: a prescrição penal. Enfatiza-se, contudo, a (in)coerência sistemático-axiológica do termo inicial do prazo prescricional da pretensão penal executória à luz da ordem constitucional vigente, dos princípios e fins que informam e conformam a criação, interpretação e aplicação da legislação penal infraconstitucional.

O legislador, ao prever prazos para o exercício da pretensão penal do Estado, afasta a instabilidade e incerteza que uma pretensão jurídica sem limites temporais provocaria às relações de direito germinadas e desenvolvidas no seio da sociedade. Não deslembrando das hipóteses que negam a prescrição, excepcionando a regra da prescritibilidade, que, todavia, não a infirmam, mas, ao contrário, pela excepcionalidade que as caracteriza, confirmam-na.

Às regras relativas à prescrição em matéria penal, conformadoras do sistema prescricional penal pátrio - topograficamente localizado na parte geral do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940), que vigora desde o final da primeira metade do século XX -, sobrevieram, além de alterações legais, sucessivas ordens constitucionais, ou seja, sucessivos novos paradigmas jurídicos instaurados pelas Constituições brasileiras de 1946, de 1967, pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969 e, por último, pela Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 (CRFB/88). O dinamismo da sucessão de ordens constitucionais exigiu e continua a exigir ponderação e releitura crítica, ainda que tardia, de toda a legislação infraconstitucional precedente, na qual se inclui o referido código, bem como o diploma processual penal, que complementa aquele no regramento da atividade punitiva do Estado.

Mais recente manifestação formal do constitucionalismo brasileiro, a Carta de Outubro de 1988 consagrou, em seu ventre, um extenso rol de direitos e garantias fundamentais. Estes, cuja fundamentalidade é própria de seu conteúdo e posituação no texto constitucional, em sua dimensão objetiva, projetam-se sobre o direito infraconstitucional, apresentando aquilo que a doutrina convencionou chamar de eficácia irradiante, que orienta o órgão julgante em sua atividade de interpretação e aplicação do Direito; o legislador, em sua criação.

A objetiva dimensão dos direitos fundamentais agregada aos conteúdos dos princípios da supremacia da Constituição e da continuidade da ordem jurídica, diante do advento de uma nova ordem constitucional, impõe uma harmonia substancial entre esta e as normas que lhe são anteriores e hierarquicamente inferiores, entre as quais se incluem as normas penais, tanto formais quanto materiais.

A atividade legiferante, assim como a julgante, cujos produtos (lei e jurisprudência) constituem fontes estatais do Direito, são importantes instrumentos de harmonização do Direito que precede nova ordem constitucional porventura estabelecida. Contudo, a interpretação judicial e a alteração legislativa podem conduzir à incoerências e ilogicidades jurídicas. Quando um conjunto normativo interdependente é, não obstante a dependência recíproca dos dispositivos que o integram, tão somente pontual ou parcialmente ajustado aos novos ditames constitucionais, em detrimento de parte deste mesmo conjunto, ainda condicionada ao regramento primitivo, propicia-se a quebra da estrutura lógica do sistema jurídico, com o surgimento de pontos tensão normativa.

Com efeito, o *dies a quo*, isto é, o termo inicial, do lapso temporal necessário à configuração da prescrição da pretensão penal executória é um exemplo da ilogicidade jurídica referida, comportando, presentemente, na comunidade jurídica nacional, duas direções interpretativas: quando do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a acusação – conforme a literalidade da primeira parte do inciso I do art. 112 do Código Penal brasileiro - e quando do trânsito em julgado definitivo da condenação, com a formação do correspondente título judicial condenatório exequível.

A razão da dissonância ou antagonismo interpretativo está na viragem interpretativa imposta pela promulgação da Constituição de 1988 (CRFB/88), que, ao consagrar o princípio da presunção de inocência em seu art. 5º, inciso LVII, extirpou do ordenamento jurídico nacional a possibilidade de execução antecipada ou provisória da pena, até então prevista na lei penal, restando, por isto, injustificado, nos dias que correm, o aludido termo inicial, uma vez que a execução antecipada da pena, que lhe conferia suporte e o legitimava – porquanto a prescrição possui como suposto prévio a desídia do titular que podia exercer sua pretensão, porém não o fez -, já não mais subsiste diante de uma interpretação constitucionalmente adequada da legislação penal formal infraconstitucional.

De sorte que a interpretação sistemática dos textos normativos penais ordinários, perspectivados pelo princípio da presunção de inocência, revela a ausência de coerência entre o sistema recursal penal atual e o termo inicial do prazo prescricional da pretensão penal executória, que juntos compõem o que se pode nominar de sistema de execução criminal.

Sem embargo da novel, e de duvidosa constitucionalidade, exegese conferida ao princípio da presunção de inocência pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, onde assentou, em decisão plenária, a possibilidade de execução da pena imediatamente após a decisão de segundo grau de jurisdição (antes mesmo do trânsito em julgado da condenação criminal), ainda assim a incoerência do termo inicial da prescrição da pena persiste, embora, caso adiram os tribunais inferiores ao posicionamento do Pretório Excelso, em razão da força suasória de sua decisão, as consequências gravosas ao Estado e à efetividade da jurisdição penal, advindas do aludido termo inicial, sejam mais facilmente debeladas pela possibilidade judicialmente consagrada de execução provisória e, portanto, temporã da pena.

Neste compasso, diante da conjuntura normativa que envolve a prescrição da pretensão penal executória e o termo inicial do seu prazo, advoga-se a necessária adequação deste à normatividade constitucional vigente, bem como ao sistema de execução criminal que integra, por meio de um processo legislativo de reforma, ou judicialmente, através de interpretação conforme a Constituição da primeira parte do inciso I do artigo 112 do CP, em sede de jurisdição constitucional.

É utilizado preponderantemente o método de abordagem dedutivo, partindo-se da premissa maior de que o instituto jurídico da prescrição, em sentido amplo, funda-se na desídia ou desinteresse do titular de uma pretensão jurídica em exercê-la e que, portanto, qualquer modalidade prescricional deve estruturar-se sobre a efetiva inércia do titular da pretensão, mormente a prescrição penal, sob pena de ausente a inércia que lhe fundamenta e justifica, ainda assim operar-se a prescrição da pretensão penal executória de que é titular o Estado.

Os métodos de procedimento são o histórico e o comparativo. Realiza-se inicialmente, através do primeiro, um esboço histórico da evolução normativa do instituto jurídico da prescrição penal, do sistema recursal penal brasileiro pós-Constituição Federal de 1988, e a influência desta evolução sobre os contornos jurídicos do sistema prescricional penal, especificamente os da prescrição da pretensão penal executória. Em seguida, através do método comparativo, confronta-se as (des)semelhanças do instituto da prescrição da pretensão penal executória em suas várias feições históricas, bem como em seus diversos regramentos em diferentes ordenamentos jurídicos do mundo.

Como técnicas de pesquisa, faz-se uso da bibliográfica e da documental.

O objetivo do presente estudo consiste, em apertada síntese, na análise da coerência sistemático-axiológica da aplicação literal do termo inicial do prazo prescricional da pretensão penal executória e suas consequências para a efetividade da justiça penal.

No capítulo introdutivo, busca-se apresentar os fundamentos da sanção penal, sua função e limites em um Estado Democrático de Direito, porquanto premissas indispensáveis à compreensão ampla não somente da prescrição penal mas de todo o sistema jurídico no qual esta encontra abrigo. Após, em um segundo momento, aborda-se o nascimento da pretensão estatal de punir o transgressor da ordem jurídico-penal e o caminho jurídico-processual necessário à efetivação da pena.

No capítulo sucessor, o tempo é exposto como fato jurídico relevante à realização dos objetivos do Direito: segurança e ordem social. Parte-se das teorias acerca das origens da sociedade para, após tratar do Direito como instrumento de controle social forjado pela sociedade, demonstrar a relevância da juridicização do fato tempo.

Em seguida, conceitua-se a prescrição penal e apresenta-se a origem do instituto, sua evolução na legislação pátria, desde o Império, as várias correntes teóricas que procuraram estabelecer o seu fundamento, e sua classificação na legislação brasileira atual.

Ao fim e ao cabo são lançadas observações acerca da coerência sistemático-axiológica da arquitetura normativa integrada pela prescrição penal executória, das suas implicações jurídicas e da necessária adequação constitucional do termo o inicial do prazo prescricional da pretensão penal executória, sob pena de vulneração da efetividade da justiça penal.

## **2 OS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DA SANÇÃO PENAL, SUA (IM)POSIÇÃO, FUNÇÃO E LIMITES EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Sobre a conduta humana ofensiva aos valores essenciais à vida em sociedade recai um juízo coletivo de desvalor exteriorizado pela punição ao ofensor. Hodiernamente, suplantada a vingança privada, a punição àquele que viola a ordem jurídico-penal se dá mediante a aplicação de uma pena de natureza pública.

Segundo Zaffaroni (2013, p. 661), os transgressores da lei penal se submetem à ação repressora do Estado. Esta ação, prevista pela própria lei penal contra aqueles que eventualmente conduzam-se de modo típico, ilícito e culpável, denomina-se coerção penal, sendo a pena a sua manifestação.

A própria nomenclatura “Direito Penal” refere-se claramente à sanção jurídica própria deste ramo do Direito (FRAGOSO, 1980, p. 2).

Os fundamentos e os fins da punição ao transgressor das regras de comportamento estabelecidas pelo grupo social metamorfosearam-se ao longo da história, desde sua fase mais primitiva até o período humanitário do Direito penal vários foram os motivos nos quais encontrou apoio a punição.

No moderno Estado de Direito o poder punitivo estatal se submete ao Direito; em um Estado Democrático de Direito, porém, além da submissão referida, deve o poder punitivo do Estado e, conseqüentemente, a pena servir aos cidadãos.

### **2.1 TEORIAS DA PENA**

Com o advento do Movimento Iluminista, a pena, até então pouco refletida, passou a ser racionalizada, isto é, buscou-se explicá-la racionalmente; foram várias as construções teóricas a justificá-la e determinar sua função: a absolutista; a relativista (geral e especial); mista ou unificadora (conservadora e progressista); da prevenção geral positiva fundamentadora; da prevenção geral positiva limitadora.

Todas essas clássicas teorias, apesar das particularidades que as distinguem, comungam ao menos do reconhecimento de que a pena é uma necessidade social. O ser humano, imperfeito, em uma naturalmente conflitiva vida em sociedade, necessita da pena para a preservação dos bens jurídicos que se lhe apresentam como de maior relevo social, garantindo, assim, a subsistência da coletividade que integra.

Convém, contudo, estabelecer-se, de proêmio - para a melhor e mais ampla compreensão dessas teorias, doravante expostas -, a distinção entre o conceito de pena e a função da pena.

A pena é um mal imposto em razão do cometimento de um delito: um castigo, portanto. Admiti-la como um castigo àquele que viola a ordem jurídico-penal, todavia, não implica necessariamente concluir que sua função seja a de retribuir um mal causado. O conceito não se confunde com a função da pena, que pode ser outra que não aquela retributiva, que se esgota no conceito de pena: o castigo ao delinquente (MIR PUIG, 2003, p. 49).

Sob essa perspectiva é possível observar que nem todas as teorias acerca da pena conseguiram compreender seu conceito e sua função como dimensões dissociadas.

### **2.1.1 Teorias Absolutistas**

As teorias absolutistas ou retributivas da pena caracterizam-se por desprezarem qualquer possível finalidade pragmática da sanção penal. Esta constitui-se num fim em si mesmo, sem qualquer objetivo ulterior a justificá-la.

Para seus adeptos, a aplicação da pena serve à realização de uma ideia de justiça, concretizada na compensação do mal causado, retribuindo este ao autor da conduta delituosa (BITENCOURT, 1993, p. 102).

Mir Puig (2003, p. 50), discorrendo sobre as teorias absolutas, assevera que para estas “la pena se concibe sólo como reacción que mira al pasado (al delito) y no como instrumento de fines posteriores”.<sup>1</sup>

Segundo Welzel (2003, p. 330), “as teorias absolutas vêm na retribuição justa não somente justificada a pena, mas também garantidas a sua realidade e esgotado seu conteúdo”.

Para Bitencourt (1993, p.102), sob a perspectiva absolutista, “castiga-se ‘quia peccatur est’, isto é, porque delinuiu, o que equivale a dizer que a pena é simplesmente a consequência jurídico-penal do delito praticado”.

---

<sup>1</sup> A pena é concebida apenas como reação que olha para o passado (para o delito) e não como instrumento de fins posteriores.

Dentre os vários representantes dessas teorias, o filósofo prussiano Immanuel Kant e o filósofo alemão Friedrich Hegel - expressivos pensadores do idealismo alemão - são tradicionalmente destacados pela doutrina como os principais. Suas reflexões, no entanto, apresentam fundamentações distintas para a pena, enquanto em Kant ela possui um conteúdo ético, em Hegel sua fundamentação é de ordem jurídica (MIR PUIG, 1985, p. 36 *apud* BITENCOURT, 1993, p. 103).

A concepção retributiva da pena formulada por Kant (1724 - 1804) assenta-se sobre a ideia de que a lei penal é um imperativo categórico (BITENCOURT, 1993, p. 103).

Nesse sentido, a concepção de pena do filósofo prussiano não admite a “instrumentalização” do castigo em favor de objetivos preventivos. A pena, não utilitária e exigência incondicionada de justiça, inadmite o castigo ao homem como meio, pois este, homem, há de ser considerado como um fim em si mesmo (MIR PUIG, 2003, p. 49 – 50).

Dessarte, inadmitindo quaisquer razões de utilidade social a embasar a pena, mas tão somente o objetivo de realizar a justiça, “dentro do esquema filosófico kantiano, a pena deve ser aplicada somente porque houve infringência à lei”. (BITENCOURT, 1993, p. 105).

Hegel (1770 – 1831), por sua vez, sob uma ótica diferente, edifica sua teoria retribucionista à luz de um processo dialético, onde a pena implica no restabelecimento da ordem jurídica transgredida: o crime, que traduz-se em uma negação do direito, é negado pela pena, que restaura a ordem jurídica violada. Em síntese, a pena, para o autor, seria a negação da negação do Direito (TRIPPO, 2004, p. 10).

Com a ordem jurídica a representar a vontade geral, doutrina Mir Puig (2003, p. 50), a respeito da concepção hegeliana, que se a vontade do delinquente (vontade especial) nega a ordem jurídica e, desta forma, em razão do delito, a concordância entre vontade especial e geral se esvai, far-se-á necessário negar esta negação, através do castigo penal - de acordo com o método dialético hegeliano -, para que se afirme a vontade geral, reestabelecendo, assim, a concordância quebrada.

### 2.1.2 Teorias Preventivas ou Relativistas

As teorias denominadas preventivas o são por consistirem em construções teóricas que têm na pena a punição dirigida à prevenção de delitos, que encontra sua razão na necessidade de segurança social.

Segundo Mir Puig (2003, p. 53), essas teorias são também denominadas relativistas ou relativas em razão de, à diferença da justiça, absoluta, as necessidades de prevenção apresentarem-se relativas e circunstanciais.

Para Bitencourt (1993), as teorias relativistas distinguem-se das absolutistas por buscarem fins preventivos ulteriores e fundamentarem-se na essencialidade da realização destes para a subsistência do corpo social.

Welzel (2003, p. 331 – 332), a seu turno, afirma que “para as teorias relativas, a pena é uma medida tendente a impedir o delito”.

Explicando a pena sob uma perspectiva preventiva, Jescheck (2002, p. 72-73) assevera:

El Estado previene la inclinación delictiva com penas que por su naturaleza y magnitud deben posibilitar una influencia enérgica sobre el condenado y la comunidad. El autor no recibe lo que merece por su culpabilidad sino lo que necesita para su resocialización.<sup>2</sup>

Diferentemente das teorias absolutistas, portanto, que defendem a imposição da pena como postulado de justiça, desconsiderando qualquer fim preventivo ulterior, as teorias relativistas justificam a pena em sua função preventiva, que, em apertada síntese, consiste em afastar ou inibir futuros delitos e, assim, garantir a subsistência da sociedade (MIR PUIG, 2003, p. 52).

“Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas *quia peccatum est*, somente porque delinuiu, nas teorias relativas a pena se impõe *ut ne peccetur*, isto é, para que não volte a delinquir”. (BITENCOURT, 1993, p. 114).

---

<sup>2</sup> O Estado previne a inclinação delictiva com penas que por sua natureza e magnitude devem possibilitar uma influência enérgica sobre o condenado e a comunidade. O autor não recebe o que merece por sua culpabilidade senão o que necessita para sua ressocialização.

Acerca da distinção entre retribuição e prevenção, arremata Mir Puig (2003, p. 52 – 53) que “mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro”.<sup>3</sup>

A distinção das teorias absolutas deita raízes em bases ideológicas, que são, entre outras, o reconhecimento da concepção determinista de todo comportamento humano e a crença na capacidade educativa do adulto (JESCHECK, 2002, p. 77).

Nesse sentido, possível depreender-se que para as teorias relativas confluem caminhos ideológicos de índole humanitária, social, racional e utilitarista (JESCHECK, 2002, p. 77).

Inobstante comungarem da atribuição à pena de uma função preventiva, as teorias relativas da pena apresentam-se sob duas perspectivas distintas: geral e especial.

Segundo Trippo (2004, p. 13), a Teoria Preventiva Geral volta-se tão somente aos homens tendentes a delinquir. Entretanto, a pena considerada com função intimidadora tende a estimular algo indesejável, a cominação de penas desproporcionais.

Segundo Bitencourt (1993, p. 115), entre os defensores de uma teoria preventiva geral da pena destacam-se Bentham, Filangieri, Schopenhauer, Feuerbach e Beccaria.

O último, por exemplo, aduz:

Entre as penas e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, ao mesmo tempo, menos cruel no corpo do culpado (BECCARIA, 2011, p. 60).

A Teoria Preventiva Especial, a seu turno, volta-se ao delincente individualmente considerado, explicando a pena como meio de ressocializá-lo, impedindo que volte a delinquir.

Diversamente da Teoria Preventiva Geral, visa prevenir - através da ressocialização ou reeducação - que aquele que transgride a ordem jurídica penal volte a fazê-lo.

---

<sup>3</sup> Enquanto que a retribuição olha para o passado, a prevenção olha para o futuro.

### 2.1.3 Teorias Mistas ou Unificadoras

As Teorias Unificadoras, a seu turno, criticam as soluções monistas sustentadas pelas anteriormente esposadas teorias absolutistas e relativistas da pena, buscando absorver aspectos de ambas.

A respeito dos seus contornos, assenta Bitencourt (1993, p. 133) que:

[...] as teorias unificadoras aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal. A pena não pode, pois, ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado, além de buscar a consecução dos fins de prevenção geral e especial.

Para essas teorias, o fim do Direito Penal é a prevenção, com a retribuição a limitar as exigências de prevenção.

## 2.2 - O IUS PUNIENDI E A PRETENSÃO PENAL DO ESTADO

O Estado, no exercício de sua soberania, erige normas jurídico-penais destinadas a proibir ações comissivas ou omissivas lesivas a bens fundamentais individuais e coletivos da sociedade.

O nascimento da norma penal significa criação de direito objetivo que a todos os seus destinatários obriga. Tratando-se de obrigação jurídica, há de existir um direito a ela correlata, que, no caso, traduz-se no direito abstrato do Estado de punir (*ius puniendi* anterior à prática da infração penal), direito este de exigir a observância dos preceitos da norma penal, ao qual corresponde o dever de abstenção da prática de ilícito penal (MARQUES, 1997, p. 165).

Verificada a conduta prevista no tipo penal, o *ius puniendi*, até então abstrato, transmuda-se em *ius puniendi* concreto. Em outros termos, violada a norma penal, passa o Estado a ocupar a posição ativa numa relação jurídico-punitiva na qual o autor do delito ocupa a posição passiva, devendo este sujeitar-se à pena imposta pelo Estado no exercício de seu poder de penar (MARQUES, 1997, p. 167).

Nesse diapasão, o fato típico, uma vez realizado, inaugura uma relação jurídica punitiva, na qual cabe ao Estado a pretensão de punir o indivíduo desviante,

pretensão cujos contornos e limites são definidos pela legislação penal infraconstitucional, material e formal, prismada pela CRFB/1988.

### **2.2.1 Da complementaridade do direito penal material e formal no exercício da atividade punitiva do Estado**

Em apertada síntese, o direito processual pode ser definido, genericamente, como um conjunto ou complexo de normas disciplinadoras do exercício da atividade jurisdicional pelo Estado.

Nesse diapasão, o direito processual é uno em sua estrutura e princípios fundamentais que o informam. No entanto, a natureza do litígio levado à apreciação do Poder Judiciário determina a distinção, em razão da matéria, de ramos científicos no direito processual (MARQUES, 1997, p. 70).

É o direito processual penal que apresenta estreita relação com o Direito penal material, pois é naquele e através dele que se verifica a procedência e se exercita o *ius puniendi* do Estado, contraposto ao *ius libertatis* do acusado (MARQUES, 1997, p. 71).

Dessarte, é o processo penal a única estrutura hábil a legitimar a imposição de uma pena, porquanto, despidas as normas de direito penal de eficácia direta, diferentemente do direito privado, não possuem realidade concreta fora do processo correspondente (LOPES JR., 2016, p. 62 – 63).

Logo, possível concluir que as regras que compõem o processo penal formam um caminho incontornável para o alcance da pena, condicionando o exercício de poder de penar do Estado (LOPES JR., 2015, p. 33)

Na quadra histórica atual, a pena, pública, e o Direito Penal, de modo amplo, não se concretizam fora do processo penal. Este apresenta uma feição instrumental relativamente à pena, expressa no adágio latino *nulla poena sine iudicio* (não há pena sem processo).

Lopes Jr. (2016, p. 63), defendendo a necessidade do processo penal para a imposição da pena, assevera:

A pena depende da existência do delito e da existência efetiva e total, posto que, se o processo termina antes de desenvolver-se completamente (arquivamento, suspensão condicional, etc.) ou se não se desenvolve de forma válida (nulidade), não pode ser imposta uma pena.

Acerca da relação de complementaridade existente entre delito, pena e processo, aduz ainda Lopes Jr. (2015, p. 34) que “não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena”.

Todo o exposto evidencia o caráter instrumental do processo penal relativamente à pena. A imposição desta, não prescindindo do processo penal, confirma a relação de complementaridade deste para com o direito penal material e, por conseguinte, a essencialidade desta relação ao regular e válido desenvolvimento da atividade punitiva do Estado.

### **2.2.2 Da extinção da pretensão penal do Estado**

Consoante dito alhures, a lei penal prevê hipóteses de extinção da pretensão penal do Estado (extinção da punibilidade), obstaculizando, deste modo, a persecução penal ou mesmo a execução da pena imposta ao condenado.

Nucci (2008, p. 558) conceitua tal extinção como “o desaparecimento da pretensão punitiva ou executória do Estado, em razão de específicos obstáculos previstos em lei”.

Como já adiantado, o rol do artigo 107 do CP - que inaugura o Título VIII da Parte Geral do CP, sob a rubrica “Da Extinção da Punibilidade” - não esgota todas as causas extintivas da punibilidade, pois meramente exemplificativo. São várias as causas de mesma natureza previstas na Parte Especial do código, bem como em leis penais especiais. O ressarcimento do dano, no peculato culposo (art. 312, § 3º, CP), e o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia, nos crimes de sonegação fiscal (art. 34 da Lei 9.249/95), são exemplos do afirmado.

Quando da verificação dessas causas, a possibilidade de o Estado impor uma pena ao agente desaparece, sem embargo da remanescência do crime perpetrado. Todavia, excepcionando a regra, a anistia e a *abolitio criminis* excluem o próprio delito.

### 3 O TEMPO E SUA INFLUÊNCIA SOBRE AS RELAÇÕES JURÍDICO-PENAIIS

#### 3.1 ORIGEM DA SOCIEDADE

A história nos informa que desde as comunidades humanas mais elementares e primitivas às mais complexas e desenvolvidas, o evoluir do homem esteve assentado em um estado associativo.

Em sociedade, melhor garantiu e garante o homem sua sobrevivência; associado, relacionando-se com seus semelhantes, aperfeiçoa-se e encontra o substrato material e espiritual necessário ao pleno desenvolvimento da sua personalidade.

Assim concebida a vida em sociedade, forçoso concluir que a associação beneficia a parte ao mesmo tempo em que esta robustece àquela, o todo, porquanto o homem necessita não só da convivência, mas, sobretudo, de participar da sociedade para realizar-se plenamente. Neste sentido, para Del Vecchio (1979, p. 460), através das relações que estabelecem entre si os “vários indivíduos vivem e operam conjuntamente, de modo a formarem uma nova e superior unidade”.

Sob essa perspectiva, porém sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, mas considerando essencial a sua abordagem para a ampla compreensão do transcurso do tempo enquanto fato jurídico, analisar-se-ão as clássicas construções teóricas acerca da origem da sociedade.

O homem, sem embargo das limitações à sua liberdade - próprias da vida em sociedade -, continua a viver em comunhão com seus semelhantes, em um estado associativo. A opção, aparentemente irrefletida, porquanto supressora de liberdade, levou ao menos duas correntes teóricas a buscarem explicar a origem da sociedade: uma favorável à ideia de sociedade natural; outra, à de uma sociedade derivada de um ato de escolha, puramente racional (DALLARI, 2003, p. 9).

Dessarte, segundo Dallari (2003, p. 10), defendendo a natureza gregária do homem, Marco Tulio Cícero foi um dos corifeus das teorias favoráveis à ideia de uma sociedade natural. Para o filósofo romano, a disposição natural dos homens a viverem em sociedade não era determinada por suas necessidades materiais, porquanto aquela existiria independentemente destas.

Antes de Cícero, contudo, Aristóteles (2006, p. 5) - inclinado à observação dos fatos - já conduzia seus argumentos no sentido de uma sociabilidade inata ao homem, aduzindo que “o homem é um animal cívico, mais social do que as abelhas e os outros animais que vivem juntos”.

O filósofo grego, discípulo de Platão, ilustrando seu argumento, aduz:

O Estado, ou sociedade política, é até mesmo o primeiro objeto a que se propôs a natureza. O todo existe necessariamente antes da parte. As sociedades domésticas e os indivíduos não são senão as partes integrantes da Cidade, todas subordinadas ao corpo inteiro, todas distintas por seus poderes e suas funções, e todas inúteis quando desarticuladas, semelhantes às mãos e aos pés que, uma vez separados do corpo, só conservam o nome e a aparência, sem a realidade, como uma mão de pedra. O mesmo ocorre com os membros da Cidade: nenhum pode bastar-se a si mesmo. Aquele que não precisa dos outros homens, ou não pode resolver-se a ficar com eles, ou é um deus, ou um bruto. Assim, a inclinação natural leva os homens a este gênero de sociedade (ARISTÓTELES, 2006, p. 5).

Entre os autores da Idade Média, Santo Tomás de Aquino, seguidor de Aristóteles, afirma que o homem procura a permanente associação com seus semelhantes e que a vida insulada, isolada, é excepcional (DALLARI, 2003, p. 10)

Contraposta às teorias favoráveis à ideia da sociedade natural, surgiu a corrente teórica que convencionou-se denominar contratualista. Para esta corrente, a sociedade não é algo intrínseco ao ser humano, se funda na vontade e na razão dos homens, que acórdão entre si a criação de uma associação permanente que lhes propicie a satisfação de suas necessidades, celebrando, para tanto, um contrato hipotético, ao qual se atribui a denominação da corrente teórica, bem como a classificação que recebem os seus adeptos, os contratualistas (DALLARI, 2003, p. 12).

A teoria contratualista “foi divulgada principalmente pelos adeptos da Escola do Direito Natural e suas raízes se localizaram na filosofia epicurista (NADER, 2012, p. 133).

Leciona Dallari (2003, p. 12) que, todavia, no contratualismo não é uníssona entre seus defensores a justificativa para a decisão do homem de unir-se a seus semelhantes em sociedade, podendo-se falar mesmo em contratualismos distintos, em razão das premissas divergentes adotadas por seus vários teóricos. O que é comum e pacífico no contratualismo, em suas diversas vertentes, é a negação de

um impulso associativo que ao homem seria natural, nos termos do sustentado pelos defensores da ideia de sociedade natural.

Tem-se por marco inicial da teoria em tela a obra “Leviatã”, de Thomas Hobbes, publicada no ano de 1651, porquanto apresentou a primeira sistematização doutrinária do contratualismo (DALLARI, 2003, p. 13).

Os argumentos articulados por Hobbes nessa obra propuseram a existência passada de um estágio primitivo da história humana, o estado de natureza (*status naturae*), cujas circunstâncias haveriam compelido os homens à celebração do contrato social e, por consequência, ao estabelecimento de um estado social (*status societatis*) (DALLARI, 2003, p. 13).

O estado de natureza, nos moldes do contributo teórico de Thomas Hobbes, constitui-se na ausência, entre os homens, de relações intersubjetivas próprias de uma sociedade.

Descrevendo o estado de natureza predecessor do social, Hobbes (1999, p. 109) assevera que:

[...] durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens.

O estado de guerra de todos contra todos decorreria da igualdade natural existente entre os homens no estado de natureza. Os homens viveriam constantemente temerosos uns dos outros, porquanto, iguais, quaisquer deles poderia agredir ao outro, tomar-lhe seus pertences. Este estado de desconfiança teria gerado um estado de beligerância que, por sua vez, teria impulsionado a celebração do contrato social (DALLARI, 2003, p. 13).

Aduz Hobbes, sobre a motivação dos homens a abandonar o estado de natureza, que:

O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. (1999, p. 141).

Mais de um século após Hobbes sistematizar o contratualismo, Jean-Jacques Rousseau retoma de modo expreso a origem contratual da sociedade no

livro “O Contrato Social”, de 1762, onde, semelhantemente à postura de Montesquieu, adota como premissa, diferentemente de Hobbes, a predominância da bondade humana no estado de natureza (DALLARI, p. 16).

Afirma Rousseau (2011, p. 21) que “a ordem social é um direito sagrado que serve de base a todos os demais. Não obstante, este direito não provém da Natureza; funda-se em convenções”.

Relativamente ao estado de natureza, afirma:

[...] porque os homens, vivendo em sua primitiva independência, não têm entre si relação suficientemente constante para constituir nem o estado de paz, nem o de guerra, nem são naturalmente inimigos. Não é este o estado dos homens, mas o das coisas, o que constitui a guerra, e este estado não pode nascer de simples relações pessoais, porém somente das relações reais. A guerra privada, ou de homem para homem, não pode existir, nem no estado natural, em que não há propriedade constante, nem no estado social, em que tudo está debaixo da autoridade das leis (ROUSSEAU, 2011, p. 26).

Para Groppali (1968, p.56), no entanto, o estado de natureza concebido por Hobbes e Rousseau apresenta tão somente valor de hipótese ou critério racional de avaliação de condições históricas, sem jamais ter existido de fato.

Justifica o autor a sua conclusão, afirmando que:

Os homens não se associaram nunca após um primitivo estado de natureza, como supunham os contratualistas, porque viveram sempre associados, e os indivíduos, no sentido moderno da palavra, isto é, no de seres dotados de consciência da própria personalidade e dos próprios deveres e direitos, ao invés de terem criado a sociedade foram ao contrário, formados e plasmados pouco a pouco por ela (GROPPALI, 1968, p. 56).

Sem embargo da influência prática exercida pelo contratualismo, influência política – ora servindo aos desígnios do absolutismo, ora aos da democracia -, atualmente aceita-se a sociedade como necessidade imanente do homem, porém sem exclusão da participação da vontade e consciência humanas em sua composição.

### 3.2 DIREITO: INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL

Nada obstante o instituto associativo do homem, a vida em sociedade lhe exige a adaptabilidade aos padrões comportamentais estabelecidos pelo grupo social.

A exigência reside no fato de a sociedade consistir em fonte de recursos indispensáveis ao desenvolvimento do homem, de modo que para que continue a usufruir de tais recursos é necessária a promoção de sua conservação (NADER, 2000, p. 40).

Em resumo, a conservação da sociedade pressupõe a observância dos padrões comportamentais do grupo social, substancializadas em regras veiculadas pelos mais diversos instrumentos sociais, sem os quais restaria inviabilizado um entendimento geral e, conseqüentemente, a harmonia entre os indivíduos que integram o grupo, essencial ao seu funcionamento e subsistência.

Nesse sentido, Ferri (2003, p. 107) assevera que a vida em sociedade exige dos indivíduos que a compõem uma coadaptação, isto é, uma mútua adaptação através da limitação recíproca das suas atividades, consubstanciada em diversas ordens de normas e suas correspondentes sanções, aplicadas em caso de descumprimento das mesmas.

A respeito do necessário regramento do comportamento do homem em sociedade, asseveram Souto e Souto (2003, p. 27) que:

Porque existem evidentemente no homem tendências variadas, são necessárias regras de comportamento que normem de modo eficaz a conduta dos membros de um determinado grupo social. **Sem pelo menos um mínimo de comportamento, reconhecido grupalmente como o adequado, não poderia existir um entendimento geral**, que se revela através sobretudo de uma linguagem comum, na realização efetiva de certos atos sociais (grifo nosso).

Com efeito, consoante antecipado, a adaptação do homem à vida coletiva é alcançada através de instrumentos sociais próprios, que o influenciam e o conduzem ao comportamento socialmente esperado, funcionando mesmo como meios de controle de condutas, dos quais são exemplos a moral, a religião, a política, a cultura, as regras de trato social e o Direito.

Nessa senda, doutrinou Azambuja (1995, p. 1) que:

No mundo moderno, o homem, desde que nasce e durante toda a existência, faz parte, simultânea ou sucessivamente, de diversas instituições ou sociedades, formadas por indivíduos ligados pelo

parentesco, por interesses materiais ou por objetivos espirituais. Elas têm por fim assegurar ao homem o desenvolvimento de suas aptidões físicas, morais e intelectuais, e para isso lhe impõem certas normas, sancionadas pelo costume, a moral ou a lei.

A última das normas citada por Azambuja, aquela sancionada pela lei, constitui um dos instrumentos sociais de controle, o Direito, que sobressai, pela coercibilidade que o diferencia dos demais, como o mais importante à estabilidade, equilíbrio e à própria subsistência da sociedade.

A necessidade do Direito, já consagrado pelos romanos no brocardo latino *Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus; ergo, ubi homo, ibi jus* (onde o homem, aí a sociedade; onde a sociedade, aí o Direito; logo, onde o homem, aí o Direito), é própria da vida social. Segundo Nader (2009, p.19), o Direito atende à necessidade humana de ordem e equilíbrio.

O ordenamento jurídico, enquanto instrumento de controle e processo de adaptação social, ajusta-se ao meio no qual é formulado ao mesmo tempo em que impõe novos padrões de convivência ao povo.

“O Direito é algo que os homens fabricam em sua vida, sob o estímulo de umas determinadas necessidades; algo que vivem em sua existência com o propósito de satisfazer àquelas necessidades [...]” (SICHES, 1970, p. 16 *apud* NADER, 2009, p. 21).

Praticamente onipresente no meio social, o Direito participa das mais simples às mais complexas relações sociais, sendo difícil qualquer ato humano não repercutir no seu mundo, o mundo do direito (CAVALIERI, 2013).

Contudo, não rege o Direito todos os atos da vida social mas aqueles necessários à realização dos valores segurança e justiça. A moral, a religião e as regras de trato social são outros instrumentos sociais que balizam a atividade do homem onde não cabe ao Direito atuar.

O Direito, com espaço de incidência próprio na vida social, ainda subdivide-se em vários ramos, de acordo com a autonomia dos seus objetos. O Direito Constitucional, o Direito Civil e o Direito Penal são alguns desses ramos. Este último desempenha papel fundamental na sociedade, visto que reservado à inibir e reprimir os atos humanos contrários aos bens eleitos pela própria sociedade como de maior relevância.

Neste compasso, “o direito penal, que dispõe da mais grave sanção do ordenamento jurídico, é o mais apropriado à preservação dos bens eleitos pela sociedade como de maior significação e relevo, indispensáveis à vida em comum”. (FRAGOSO, 1980, p. 2).

Em suma, ao proteger os bens mais relevantes para a sociedade, imperioso concluir com Jescheck (2002, p. 2) que “la misión del Derecho penal es La protección de la convivencia em sociedad de las personas” (a missão do Direito penal é a proteção da convivência em sociedade das pessoas).

Logo, como instrumento de controle social limitado pelos fins que lhe são próprios, o Direito ocupa-se dos fatos relevantes para a sociedade; o Direito penal, de modo mais específico, daqueles fatos relevantes em função da fundamentalidade social dos bens jurídicos a que dizem respeito.

### 3.3 FATO JURÍDICO TEMPO

Enquanto elementar instrumento de controle social, o Direito tem por objeto fatos da vida. Contudo, não se ocupa indiscriminadamente de todo e qualquer fato, mas tão somente daqueles que se apresentam no meio social como relevantes para o equilíbrio e a ordem da vida em comunidade. É dizer: a relevância dos fatos constitui pressuposto de sua juridicidade.

Nessa senda, a produção de consequências relevantes para a sociedade e o consequente regramento pelo Direito distingue duas espécies de fatos: os simples e os jurídicos. Aqueles são indiferentes ao Direito, não se projetam no seu mundo; estes, ao contrário, geram consequências relevantes, possuem importância jurídica e constituem pressuposto de aplicação das normas jurídicas (DEL VECCHIO, 1979).

Por conseguinte, o fato jurídico é espécie do gênero fato. Este significa transformação da realidade, modificação verificada no mundo circundante; aquele, mais: alteração da realidade que é regulada pelo Direito (NADER, 2012, p. 324).

São exemplos de fatos jurídicos o nascimento, a morte, o aluvião, o crime, o decurso do tempo.

Os fatos de relevo para uma sociedade ao serem regulados pelo Direito são juridicizados, isto é, o fato adquire a qualificação “jurídico” e está apto a gerar efeitos no mundo do direito, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas.

Mello (2007, p.9) descreve, didaticamente, o ingresso de um fato no mundo do direito como sendo a adjetivação deste pela norma jurídica, que o distingue dos demais; estes são tão somente fatos da vida, sem repercussão no âmbito do Direito.

Sobre a juridicização do suporte fático, em lição clássica, Miranda (1974, p. 74) dispõe que:

“Com a incidência regra jurídica, o suporte fático, cobrido por ela (= juridicizado), entra no mundo jurídico. A técnica do direito tem como um dos seus expedientes fundamentais, e o primeiro de todos, esse, que é o de distinguir, no mundo dos fatos, os fatos que não interessam ao direito e os fatos jurídicos, que formam o mundo jurídico; donde dizer-se que, com a incidência da regra jurídica sobre o suporte fático, esse entra no mundo jurídico”.

Lopes Jr. (2013, p. 144), ao doutrinar sobre a relatividade do tempo para o Direito penal, aduz que “pune-se através da quantidade de tempo e permite-se que o tempo substitua a pena. No primeiro caso, é o tempo do castigo; no segundo, o tempo do perdão e da prescrição”.

Desta forma, percebe-se que o fato tempo ou decurso do tempo influi ambigualmente no âmbito do Direito penal, pois ao mesmo tempo em que se configura como medida do castigo a que é submetido o condenado também conduz à extinção da punibilidade do delinquente.

#### 4 - DA PRESCRIÇÃO PENAL

A prescrição penal traduz fato extintivo da punibilidade do agente violador da ordem jurídico-penal, acarretando ao Estado, desta forma, a perda do direito de puni-lo (*ius puniendi*) ou de executar a pena imposta por decisão condenatória (*ius executionis*) em razão do não exercício, por seus órgãos competentes, da pretensão penal punitiva ou executória, que lhe são próprias, em certo e determinado interregno consignado na lei penal.

Conceituando a prescrição penal como causa pessoal de extinção da punibilidade, Zaffaroni (2013, p. 670) aduz que:

Muito embora o mero decurso do tempo sobre a prática de um fato não seja motivo suficiente para que tudo se apague, considera-se, todavia, que em determinadas condições, o transcurso do tempo, sem que a pena seja executada, faz com que cesse a coerção penal, ou seja, o decurso do tempo leva o Estado a renunciar ao seu poder-dever de punir, do mesmo modo como se extingue a ação penal que não chega à sentença.

Para Marques (1999, p. 498) “é da inércia do Estado que surge a prescrição. Atingindo ou ameaçado um bem jurídico penalmente tutelado, é a prescrição uma decorrência da falta de reação contra o ato lesivo ou perigoso do delinqüente”.

Assim como Marques, tomando a inércia estatal como fundamento da prescrição, Noronha (1995, p. 347), que conceitua o instituto como “a perda do direito de punir, pelo decurso do tempo; ou, noutras palavras, o Estado, por sua inércia ou inatividade, perde o direito de punir”.

Greco (2014, p. 733), na mesma linha de raciocínio, conceitua a prescrição como “o instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido capacidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto pela lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade”.

Segundo Jesus (2008, p. 18-19), a prescrição penal possui tríplice fundamento: decurso do tempo, a emenda do condenado e a negligência da autoridade.

Para Bitencourt (2013, p. 882) a 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”.

É possível concluir, portanto, que boa parte da doutrina penal brasileira é acorde quanto ao elemento negligência, desídia ou inércia do titular da pretensão penal como pressuposto da prescrição penal.

#### 4.1 ORIGEM DO INSTITUTO E SUA EVOLUÇÃO NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

Nos primórdios da civilização humana o tempo não influía na punição, e, portanto, não a limitava.

Durante a antiguidade, contudo, construíram a noção de prescrição penal os povos mais evoluídos e civilizados. Esta, no entanto, restringia-se à prescrição da ação, vislumbrada, em um primeiro momento, sob o enfoque processual do prejuízo do decurso temporal à colheita de material probatório; porém, em um segundo momento, sob uma perspectiva material: a expiação presumida do réu (TRIPPO, 2004, p. 34).

No Direito ateniense, por exemplo, justificou-se a imposição da extinção da ação penal pelo transcurso do tempo com a dificuldade resultante de tal transcurso para a prova dos crimes (BARROS, p. 5-6 *apud* TRIPPO, 2004, p. 32).

Em Roma, à época da queda da República, a prescrição nasce da praxe judiciária processual. Era costume pretoriano a fixação de prazos para a duração das ações; buscavam os pretores, desta forma, coibir o protraimento das lides (TRIPPO, 2004, p. 32).

Segundo Trippo (2004), a *Lex Julia de Adulteriis*, erigida sob o império de Augusto, é a mais antiga previsão legislativa sobre prescrição de natureza penal, datando de 17 ou 18 a.C.. Estabelecia ela o lapso temporal de cinco anos para prescreverem os crimes de estupro, lenocínio e adultério (TRIPPO, 2004, p. 33).

Quanto à prescrição da pena, assevera Trippo (2004) que a maioria dos juristas são acordes quanto à inexistência, entre gregos e romanos, de prescrição após a condenação. Acrescenta a autora, ainda, que não há texto que evidencie a aplicação da prescrição da execução da pena entre os povos da antiguidade, de modo geral.

Em 1500, ano do que se convencionou chamar de “descobrimento” do Brasil (*terrae brasiliis*), vigiam na metrópole portuguesa as Ordenações Afonsinas, que, em 1521, foram sucedidas pelas Ordenações Manuelinas - ambos regramentos jurídicos cuja aplicação foi estendida à colônia brasileira (TRIPPO, 2004, p. 36).

Em 11 de janeiro de 1603, com Portugal sob domínio espanhol, foram publicadas as Ordenações Filipinas - resultantes da revisão, que ordenara Felipe I, das antigas leis -, também aplicadas por extensão à *terrae brasiliis* (TRIPPO, 2004, p. 37).

Apesar de publicadas novas Ordenações por ordem de um monarca espanhol, não houve qualquer revolução relativamente às leis portuguesas então existentes, porquanto tratou-se, em verdade, de uma nova compilação elaborada por juristas portugueses segundo o espírito das compilações antecessoras (PINHO, 1973, p. 8–9).

Após a restauração da monarquia portuguesa, D. João IV revalida, através da Lei de 29 de janeiro de 1643, as últimas Ordenações (Filipinas), que vigorariam por mais de duzentos anos.

Obtempera Trippo (2004, p. 37) que era conhecida como “legislação terrível” aquela contida no Livro V das Ordenações Filipinas, pois, regulando o Direito Penal, consagrava a concentração dos poderes nas mãos do soberano e a desconsideração da dignidade do indivíduo ao prever penas cruéis e vexatórias.

Fragoso (1980, p. 60-61), no mesmo sentido, aduz ser a legislação do Livro V realmente terrível, de feição utilitária, sem proporção alguma entre penas e delitos.

A morte era a pena comum, além das infamantes, de mutilações confisco de bens e degredo (FRAGOSO, 1980, p. 60).

Causas extintivas da punibilidade já eram previstas. O perdão do ofendido e o casamento são exemplos de hipóteses que, naquela legislação, desembocavam no que hoje se define por extinção da punibilidade.

Sem embargo da ausência de referência expressa, o instituto jurídico da decadência já constava do seu texto, que estabelecia prazos referentes à paralisação do exercício da ação penal (TRIPPO, 2004, p. 37).

Nesse sentido, aludindo à querela e ao limite temporal para o seu recebimento, a redação do Título II (Dos que arrenegão ou blasfemão de Deos e dos Santos), parágrafo quarto, do Livro V das Ordenações Filipinas (TRIPPO, 2004, p. 37).

Consoante dito, as Ordenações eram instrumento de controle do monarca sobre seus súditos, razão pela qual o instituto da prescrição, cuja previsão significaria limitar no tempo o poder estatal, não era prevista em seu bojo, pois incompatível com os desígnios do soberano (TRIPPO, 2004, p. 37-38).

Passados 181 anos da revalidação das Ordenações Filipinas, em 25 de março de 1824, D. Pedro I outorga a Carta Constitucional, anunciando a elaboração do novo Código Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça, e equidade.

No ano seguinte, editou-se a Lei de 10 de outubro, que determinava a continuidade da aplicação do Código Filipino até a entrada em vigor do código anunciado.

Seis anos após a outorga da Constituição Política do Império do Brasil, em 16 de dezembro de 1830, o Código Criminal foi sancionado pelo imperador, consagrando de modo expresso a imprescritibilidade das penas (TRIPPO, 2004, p. 38)

Segundo Fragoso (1980, p. 61-62), o Código de 1830 foi o primeiro autônomo da América Latina, com influência dos princípios iluministas, bem como do utilitarismo de Bentham. O Código penal francês de 1810 e o Código napolitano de 1819 foram suas inspirações legislativas.

Obra de Bernardo Pereira de Vasconcellos, tratava-se de legislação penal mais humanizada e sistematizada (NUCCI, 2013, p. 85).

Relativamente à prescrição da pretensão punitiva, o diploma nada dispôs. Para Trippo (2004, p. 39), o silêncio legal fora resultado da compreensão de que a aludida prescrição era cunhada por uma natureza processual.

De sorte que quando o Código de Processo Criminal surge, em 29 de novembro de 1832, integrando o sistema penal, consagra a prescrição da ação no primeiro capítulo do Título II da sua Parte II, com prazos majorados ou minorados conforme o réu estivesse ausente ou presente no distrito da culpa. Segundo Trippo (2004, p. 39), “o critério para definição dos prazos foi a garantia da presença do réu no processo”.

No final do século XIX, em 1889, o Governo Provisório, por meio do Decreto n. 1, de 15 de novembro, proclama a República Federativa do Brasil.

Orientado por aspirações humanitárias, o referido Governo eliminou, com a expedição do Decreto n. 774, de 20 de setembro de 1890, a pena de galés, reduziu a trinta anos as penas perpétuas, previu a detração penal e introduziu, no Direito criminal brasileiro, a prescrição das penas (TRIPPO, 2004, p. 41).

“Os prazos prescricionais permaneceram vinculados à ausência ou à presença do condenado no território nacional. A esse critério, associou-se o

montante de pena cominado, prenunciando a nova roupagem do instituto” (TRIPPO, 2004, p. 41).

Desde a expedição do Decreto em tela a prescrição da pretensão penal executória esteve sempre presente no ordenamento jurídico nacional.

Em 11 de outubro de 1890, o Projeto de Batista Pereira foi transformado no Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, o primeiro republicano.

A nova lei penal subdividia o instituto da prescrição penal em duas espécies, cuja distinção consistia no momento de sua verificação: antes ou depois da condenação. Demais disso, não utilizou a presença ou a ausência do infrator no território nacional para estipular os prazos prescricionais, mas a pena, numa relação proporcional.

Adentrando ao século XX, em 1940, é sancionado pelo Decreto-lei n. 2848, de 7 de dezembro, o novo Código Penal. Resultado do projeto elaborado por Alcântara Machado, aludia à prescrição antes e depois de transitar em julgado a sentença final condenatória.

Foi reconhecida pelo novel código a prescrição de todos os crimes; porém, previa as chamadas penas acessórias (perda de função pública, interdição de direito e publicação da sentença), estas, após a sentença condenatória, excepcionalmente tornavam-se imprescritíveis (art. 118, parágrafo único).

A reforma do Código Penal, promovida em 1984 pela Lei 7.209, manteve os avanços do texto original na matéria prescrição, e, reformando o sistema de penas, eliminou aquelas acessórias, abolindo, desta forma, a imprescritibilidade (TRIPPO, 2004, p. 45-46).

A Constituição Federal de 1988, todavia, contrariamente a orientação do contemporâneo Direito Penal Liberal, negou a prescrição a determinados crimes, que excepcionalmente não se sujeitam ao instituto por razões de política criminal.

## 4.2 CONSTRUÇÕES TEÓRICAS ACERCA DO FUNDAMENTO DA PRESCRIÇÃO DE NATUREZA PENAL

A longevidade do instituto da prescrição penal, cuja origem, consoante dito acima, remonta ao Direito Romano (*Lex Julia de Adulteriis*), revela sua importância social e consagração nas várias gerações que se sucederam àquela sua primeira previsão legal.

Sua relevância fez despertar nos estudiosos do Direito, ao longo dos anos, a necessidade de bem fundamentá-la ou bem justificá-la, apresentando razões a sustentar seus efeitos jurídicos e sua imprescindibilidade ao ordenamento jurídico-penal de um Estado.

Nesse diapasão, várias correntes teóricas surgiram, apontando cada qual, sob diferentes perspectivas, o traço fundante da prescrição penal. “Da emenda”, “do esquecimento”, “da expiação”, “psicológica” e “da dispersão das provas”, foram os nomes que receberam as mais tradicionais delas. Sem embargo das diferentes linhas argumentativas que as distanciam, todas aproximam-se num fator que lhes é comum: o tempo como fato jurídico relevante ao direito penal.

#### **4.2.1 Teoria do Esquecimento**

A Teoria do Esquecimento, por exemplo, consiste em atribuir a prescrição penal, extinção do direito de punir estatal, ao esquecimento do fato criminoso pela sociedade em função do perpassar do tempo, o que, segundo esta teoria, faria desaparecer o interesse social na punição do criminoso (PORTO, 1977, p. 19).

Utilizando a referida teoria para conceituar a prescrição penal, aduz Sabino Júnior (1980, p. 466) que, transcorrido o lapso temporal estabelecido em lei, “não há mais a conveniência política de punir fatos cuja lembrança é quase desaparecida e que, por isso tornou menos vivo o alarma social que provocaram, de modo a retirar da pena a sua eficácia intimidativa”.

Diversamente, criticando a teoria supramencionada, Porto (1977, p. 21) aduz que “fundamentar a prescrição no desaparecimento da necessidade do exemplo pelo esquecimento [...] é olhar somente para um dos efeitos da pena”.

#### **4.2.2 Teoria da Emenda**

A Teoria da Emenda, a seu turno, propõe como fundamento da prescrição penal a recuperação do delinquente. Presumindo, desta feita, que com o decurso do tempo, ante uma conduta não desabonadora, emendado estaria o criminoso, dispensando-se, assim, a aplicação da pena, que se tornaria inócua para a recuperação ou reinserção social do agente (ANDRADE, 1979, p. 17-18).

Explica Porto (1977, p. 23) que “presume-se que o culpado, num certo lapso de tempo, expiou suficientemente a culpa com as angústias que sofreu e com os remorsos que o assaltaram”.

#### **4.2.3 Teoria Psicológica**

Para a Teoria Psicológica, o decurso do tempo teria o condão de alterar a estrutura psíquica do agente, de modo que a eventual pena imposta já não mais alcançaria a pessoa que perpetrara o crime, mas uma outra pessoa, em termos psicológicos, por óbvio (PORTO, 1977, p. 26).

#### **4.2.4 Teoria da Dispersão das Provas**

A Teoria da Dispersão das provas sustenta a corrosão dos meios de prova pela ação do tempo - efeito que lhe é próprio e sobre a maioria das coisas se faz perceptível – como razão de ser do instituto da prescrição penal (PORTO, 1977, p. 22).

Voltando-se a aludida teoria para a dispersão probatória – com caráter eminentemente processual, portanto -, não logra justificar a prescrição da pena (prescrição da pretensão penal executória) mas, unicamente, da prescrição da pretensão penal punitiva, uma vez que argumenta com as dificuldades impostas pela dispersão à prova do crime de um lado, e, do outro, à defesa do acusado.

Neste sentido, Porto (1977, p. 22), para quem o fundamento da teoria poderia ser adequado somente à prescrição da ação.

Andrade (1979, p. 15), no mesmo sentido, porém em termos distintos, endossa o argumento relativo ao defeito da teoria, aduzindo que “com ela não se harmoniza a prescrição da condenação”.

#### **4.2.5 Teoria da Analogia Civilista**

A Teoria da Analogia Civilista, segundo Trippo (2004, p. 51), explica a prescrição penal aplicando-lhe, por analogia, as bases da prescrição aquisitiva do Direito Civil. Deste modo, assim como o titular do direito real o perde em razão de

sua inércia, adquirindo-o o usucapiente que exerceu a posse incontestada pelo período fixado em lei para tanto, o poder público, ante o não exercício da atividade repressiva em certo lapso temporal, veria igualmente perecer o direito estatal à punição, enquanto ao culpado seria conferida a posse da impunidade.

Ainda segundo Trippo (2004, p. 52), a referida teoria norteou a prescrição penal em sua construção inicial no direito romano, bem como no Código de Processo brasileiro de 1832. No entanto, em razão de no processo penal brasileiro o principal titular da acusação ser um órgão estatal (Ministério Público), atuando em cumprimento de um dever de ofício, ilógico fundar-se o instituto numa negligência ministerial, o que configuraria violação de obrigação legal.

Sem embargo dos argumentos bem articulados por Trippo em crítica à Teoria da Analogia Civilista, a comparação entre prescrição penal e prescrição civil aquisitiva que neles é feita é inapropriada e descabida, pois deturpadora do instituto da prescrição penal, que se assemelha tão somente à prescrição extintiva civil, visto que inadequado afirmar-se que com a prescrição penal o culpado adquiriria a posse da impunidade.

Outrossim, o argumento de que, sendo o titular da acusação o Ministério Público, seria ilógico fundar-se o instituto numa negligência ministerial, não merece prosperar, porquanto, conforme ensina Lopes Jr. (2016, p. 254), o poder punitivo é o poder de condenar o culpado e executar a pena. Neste sentido, o acusador, que titulariza a pretensão acusatória, exige que a justiça penal exerça o poder punitivo e não que se atribua a ele mesmo.

As especificidades do processo penal não permitem que lhe sejam transpostos conceitos civilísticos, todavia não obstam a transposição dos fundamentos desses conceitos. É o caso da prescrição e da inércia na qual se funda.

Nesse sentido Guaragni (2008, p. 33), para quem:

[...] a prescrição é ontologicamente idêntica no direito penal e no direito civil, representando o apagar dos efeitos do direito pelo transcurso do tempo, possuindo a mesma *ratio essendi* em qualquer ramo do ordenamento jurídico. O motivo que faz com que se apaguem os efeitos jurídicos do direito (direito reparatório e *jus puniendi*) associa-se ao desgaste dos fundamentos do próprio direito pelo decurso do tempo. Portanto, não é que a prescrição seja instituto diverso segundo atue em âmbito civil ou penal, e sim, que as relações jurídicas sobre as quais incide têm características diversas.

Para Gama (2015, p. 50), nenhuma das teorias “tem a virtualidade de fundamentar, por si só, o instituto da prescrição no direito penal, apresentando todas elas uma visão muito parcelar do problema [...]”.

Neste compasso, no Direito Positivo brasileiro é possível identificar a influência das diversas teorias esposadas sobre o instituto da prescrição. O artigo 109 do CP, ao prever prazos prescricionais maiores conforme a gravidade dos delitos, apoia-se na Teoria do Esquecimento; os incisos I a IV do artigo 117 do CP, ao preverem causas aptas a interromper o curso da prescrição e, por conseguinte, reacenderem a memória dos fatos delituosos, também encontram arrimo na Teoria do Esquecimento; o inciso V, prevendo a reincidência como causa de interrupção da prescrição, encontra esteio na Teoria da Emenda (TRIPPO, 2004, p. 56).

Costa Jr. (2010, p. 334), por exemplo, se vale de uma imbricação de alguns dos elementos das teorias acima expostas para formar sua fundamentação – eclética - acerca do instituto, afirmando que:

[...] a prescrição tem por finalidade punir o **Estado moroso**, exigindo dele uma justiça rápida e certa. Quanto mais o tempo passa, **mais difícil a produção probatória** e maior o sentimento de injustiça, tanto por quem responde à acusação quanto por quem dela, na qualidade de vítima, aguarda justiça (grifo nosso).

De todo o exposto, possível concluir pela existência de pelo menos um elemento comum a todas as teorias acima expostas: o tempo ou, mais precisamente, seu decurso.

Nesse diapasão, o decurso do tempo, como elemento invariavelmente presente nas mais diversas teorias justificadoras da prescrição penal, projeta-se como a causa principal e primária da mesma (ANDRADE, 1979, p. 24).

Acerca do passar do tempo como causa primária da prescrição penal, associada à inércia do Estado, aduz Andrade (1979, p. 24) que:

A quantidade de tempo decorrido após o cometimento do delito, ou após a sentença condenatória não executada, é que gera a dispersão ou dificuldade das provas, a obliteração (esquecimento) dos fatos, a falta de exemplaridade da execução da pena, a perda de interesse no castigo ou a inutilidade social da pena, a desnecessidade de defesa social, o arrefecimento do clamor público contra o delito e o delinquentes, os perigos de erros e injustiças a dificuldade de defesa do réu, a consolidação dos fatos, e, as vezes, a emenda e transformação psíquica do criminoso. E tais efeitos, que derivam do tempo, atuando, por sua vez, como causas secundárias, é que levam o Estado a abdicar e renunciar ao *jus puniendi*.

Dessarte, do decurso do tempo, enquanto causa principal da prescrição, derivam circunstâncias que ensejam, de per si, as diferentes teorias sobre o fundamento do instituto, mas que, na verdade, apresentam-se como secundárias relativamente ao perpassar do tempo (ANDRADE, p. 24).

Ao fim e ao cabo, as várias teorias expostas incidem no comum erro de confundir a causa com os efeitos da prescrição. O esquecimento, a emenda, a dispersão das provas são efeitos daquilo que é a essência da prescrição penal, o transcurso do tempo associado à não efetivação da punição por aquele que detém a pretensão punitiva.

#### 4.3 – CLASSIFICAÇÃO

O regramento da prescrição penal, isto é, dos limites temporais ao exercício pelo Estado de seu poder-dever de punir e de executar a punição (*sanctio iuris* da norma penal) imposta ao réu em sentença condenatória, está encartado, em nosso direito positivo, nos artigos 109 a 119 do Código Penal (CP) pátrio. O art. 109 do CP estabelece os lapsos temporais prescricionais, fixos e correspondentes à quantidade da pena cominada ou aplicada, no interior dos quais o Estado está legitimado a exercer sua pretensão penal.

Concretizado o ilícito penal, o direito de punir do Estado, até então abstrato, também concretiza-se, exurgindo a titularidade estatal de pretensão punitiva a ser exercida em desfavor do autor da conduta delituosa.

Com o trânsito em julgado da decisão condenatória, a pretensão penal punitiva transmuda-se em pretensão penal executória.

O legislador brasileiro, ao disciplinar o instituto, o cindiu em prescrição da pretensão penal “punitiva” (acusatória) e prescrição da pretensão penal executória. O elemento distintivo de tais espécies prescricionais reside na circunstância de aquela poder configurar-se até o momento do trânsito em julgado definitivo (tanto para acusação quanto para defesa) da sentença penal condenatória, enquanto esta, noutro giro, somente após este marco, com a correspondente formação do título condenatório definitivo e exequível.

#### 4.3.1 - Prescrição da pretensão penal punitiva

A prescrição da pretensão penal punitiva - gênero do qual são espécies as prescrições penais abstrata, retroativa e intercorrente (ou superveniente) -, caracteriza-se pelo fato de os lapsos temporais considerados para fins de verificação da aludida prescrição serem anteriores ao trânsito em julgado definitivo da decisão condenatória.

A prescrição da pretensão punitiva abstrata diz respeito à perda da pretensão punitiva pelo Estado quando ainda inexistente pena concreta, em razão da ausência de trânsito em julgado para a acusação ou mesmo não oferecimento da denúncia ou queixa-crime, razão pela qual seu prazo prescricional é determinado pela pena máxima cominada em abstrato para a infração penal.

A aludida prescrição equipara-se à proclamação de inocência, visto que nenhum efeito de eventual sentença condenatória atinge o acusado, como se crime não houvesse.

A prescrição retroativa diz respeito a também perder o direito de punir o Estado quando esgotado o prazo prescricional determinado pela pena em concreto, fixada pelo órgão julgante em sentença condenatória recorrível, com trânsito em julgado para a acusação.

O prazo prescricional da espécie é contada a partir da data do recebimento da denúncia ou queixa até a data da publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis.

A prescrição penal superveniente – também denominada de intercorrente ou subsequente - tem por termo inicial o trânsito em julgado da decisão judicial condenatória para a acusação.

O termo que lhe qualifica (superveniente) diz com a sua ocorrência, tão somente verificada após a prolação de sentença ou acórdão condenatórios recorríveis, sendo calculada *ex nunc*, isto é, para frente, até o trânsito em julgado definitivo.

Os ingredientes jurídicos necessários à sua configuração, além de uma decisão judicial condenatória, são (i) o trânsito em julgado desta decisão para a acusação (Ministério Público ou querelante) e (ii) a inexistência da prescrição retroativa.

#### **4.3.2 – Prescrição da Pretensão Penal Executória**

A prescrição da pretensão penal executória, ao contrário da punitiva, traduz-se na perda pelo Estado do direito de executar a pena concretizada em sentença pena condenatória com trânsito em julgado definitivo (para ambas as partes). O lapso prescricional que lhe corresponde inicia-se da data do trânsito em julgado da decisão condenatória para a acusação, estendendo-se, porém, até o início do cumprimento da pena ou a ocorrência de reincidência (NUCCI, 2015, p. 586).

Nesta espécie prescricional, em razão do decurso do tempo, o Estado perde o direito de executar o título condenatório já formado, o que não obstaculiza a produção dos efeitos acessórios da decisão condenatória.

## 5 TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO PENAL EXECUTÓRIA: POR UMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICO-AXIOLÓGICA E CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

A interpretação é atividade comum às várias atividades humanas, especialmente a atividade jurídica.

Não há se confundir, todavia, hermenêutica jurídica com interpretação jurídica. Estas apresentam uma relação de continente e conteúdo. Aquela diz respeito ao estudo e sistematização dos processos interpretativos das expressões do Direito; esta é a atividade em si de determinação do sentido e alcance das expressões do Direito (MAXIMILIANO, 2011, p. 1).

Dessa forma, importa ao objetivo do presente trabalho que se discorra sobre os processos ou métodos clássicos de interpretação do Direito.

Nesse diapasão, a interpretação gramatical consiste em determinar-se o significado - o sentido e o alcance - das palavras, dos enunciados dos dispositivos normativos.

Segundo Barroso (1998, p. 120), esta modalidade interpretativa é a primeira da qual se serve o intérprete quando inicia o processo interpretativo. Primeira, porque - adverte o autor – limitar-se à interpretação literal, com apego ao texto em demasia, pode conduzir à injustiça, fraude ou ao ridículo.

A interpretação histórica, de outra banda, traduz-se em perquirir o sentido normativo por meio da análise de precedentes normativos e trabalhos preparatórios (BARROSO, 1998, p. 124).

Ao contrário da tradição jurídica *common law*, o aludido método interpretativo não encontra ampla ressonância nos países cujos sistemas jurídicos estão assentados na tradição jurídica romano-germânica (BARROSO, 1998, p. 125).

A interpretação teleológica, a seu turno, diz com a interpretação normativa que determina o alcance e sentido da norma jurídica de acordo com seu espírito e finalidade.

Neste processo interpretativo o hermeneuta se guia em seu labor pelo fim da lei, de modo que o resultado do seu trabalho assegure de maneira plena o interesse objetivado pelo legislador (MAXIMILIANO, 2011, p. 125).

Já o método sistemático caracteriza-se pela análise da conjuntura do sistema jurídico levada a efeito pelo exegeta, que compara o objeto de sua

interpretação com os elementos do sistema que o circundam e nele encontram ressonância.

Um sistema jurídico é uma rede axiológica, formada por princípios, regras e valores, interdependentes e que pressupõem-se reciprocamente, dispostos hierarquicamente e voltados à realização dos objetivos que justificam o Estado (FREITAS, 2004, p. 54).

Conceituando a interpretação sistemática, Freitas (2004, p. 80) aduz:

[...] a interpretação sistemática deve ser entendida como uma operação que consiste em atribuir, topicamente, a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas estritas (ou regras) e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhe o alcance e superando antinomias em sentido amplo, tendo em vista bem solucionar os casos sob apreciação.

O método sistemático, segundo Barroso (1998, p. 127):

[...] disputa com o teleológico a primazia no processo interpretativo. O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática é fruto da ideia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as situações e as normas jurídicas.

Para Maximiliano (2011, p. 106):

A verdade inteira resulta do contexto, e não de uma parte truncada, quiçá defeituosa, mal redigida; examine-se a norma na íntegra, e mais ainda: o Direito todo, referente ao assunto. Além de comparar o dispositivo com outros afins, que formam o mesmo instituto jurídico, e com os referentes a institutos análogos; força é, também, afinal pôr tudo em relação com os princípios gerais, o conjunto do sistema em vigor.

Não existe uma hermenêutica penal, como categoria particular da teoria jurídica da interpretação das normas jurídicas. As regras que pautam a atividade do exegeta relativamente a normas jurídicas de outra natureza são as mesmas a ditar seu trabalho de determinação do sentido e alcance das normas de natureza penal (MARQUES, 1997, p. 202 - 203).

Nesse diapasão, hodiernamente, na comunidade jurídica brasileira existe um dissenso interpretativo quanto ao termo inicial do prazo da prescrição da pretensão penal executória. Discute-se, tanto no âmbito doutrinário como judicial, qual o

momento a partir do qual o aludido prazo prescricional da pretensão penal executória tem início, se do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a acusação – conforme interpretação literal da primeira parte do inciso I do art. 112 do Código Penal brasileiro – ou do trânsito em julgado definitivo da condenação, ou seja, tanto para a acusação quanto para a defesa, com a formação do título judicial condenatório exequível correspondente.

No âmbito judicial, por exemplo, a mais alta corte do país, o STF, não apresenta uma jurisprudência sólida e uníssona sobre a matéria, com decisões em ambos os sentidos.

A razão da discussão advém da mudança de paradigmas da legislação penal infraconstitucional proporcionada pela promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), que consagrou, em seu bojo, de modo expreso, o princípio da presunção de inocência, entre outros princípios processuais constitucionais de igual relevo.

Princípio estruturante de um Estado de Direito e direito fundamental processual cujo escopo é a tutela da liberdade individual.

Segundo Lopes Jr. (2016), o inciso LVII consagrou no ordenamento jurídico brasileiro um dever de tratamento: deve o julgador tratar o acusado como inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Dispõe o inciso LVII do artigo 5º da CRFB/88 que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988).

À evidência, o texto constitucional do princípio da presunção de inocência veda a execução antecipada da sanção penal, isto é, sua execução em momento anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória que a impôs, visto que impedindo-se que pessoa qualquer seja considerada culpada antes deste marco - por força da norma constitucional -, não poderá, por conseguinte, o Estado impingir ao acusado pena sem um juízo de culpabilidade definitivo.

A prescrição da pretensão penal executória, desde sua introdução no Direito brasileiro pelo Decreto 774, de 20 de setembro de 1890, até a reforma da Parte Geral do Código Penal de 1940, levada a efeito pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, sempre teve como marco inicial da contagem do lapso temporal necessário à sua configuração o trânsito em julgado da sentença condenatória para ambas as partes processuais.

Disponha o *caput* do artigo 80 do Decreto 847, de 11 de outubro de 1890, que "a prescrição da condenação começa a correr do dia em que passar em julgado a sentença, ou daquelle em que for interrompido, por qualquer modo, a execução já começada. Interrompe-se pela prisão do condenado". (BRASIL, 1890).

O artigo 112 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal de 1940), em sua redação original, previa o que se segue:

Art. 112. No caso do art. 110, a prescrição começa a correr:

- a) do dia em que **passa em julgado a sentença condenatória** ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;
- b) do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena (BRASIL, Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, 1940, grifo nosso).

Percebe-se que os textos legislativos citados previam a sentença condenatória passada em julgado, tão somente, como marco inicial do prazo da prescrição penal executória.

A Lei 7.209, porém, inovou a redação do referido artigo do Código Penal de 1940, consagrando como termo inicial do prazo necessário à consolidação da prescrição penal executória o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, restringindo, desta maneira, o significado da expressão "trânsito em julgado" para o início do cômputo do multicitado prazo.

Segundo Jesus (2008, p. 103), a jurisprudência construída à época da alteração legal era no sentido de que o "passar em julgado a sentença condenatória" do artigo 112 do Código Penal de 1940 se referia à acusação, motivo pelo qual o legislador, acompanhando o movimento judicial, acrescentou ao texto a expressão "para a acusação".

Dispõe o artigo 112 do CP, com redação dada pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984:

Art. 112 - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:

- I - **do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação**, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;
- II - do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena (BRASIL, Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, 1940, grifo nosso).

Decerto que o dispositivo mencionado é claro ao proclamar que como termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível tem-se o dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação. Note-se: para a acusação.

Logo, caso a acusação (Ministério Público, assistente ou querelante) resigne-se com o teor da sentença recorrível ou, irresignando-se, apresente recurso que não logre provimento, haverá o trânsito em julgado da decisão em relação a ela, acusação. Neste cenário, resignando-se com o *decisum* a defesa, operar-se-á o trânsito em julgado definitivo, com a formação de título condenatório exequível, que legitimará o Estado a executar a pena.

A controvérsia objeto da discussão emerge à superfície quando, em quadro fático distinto, transitada em julgado a sentença penal condenatória para a acusação, a defesa não se resigna com seu conteúdo, mas, ao revés, ataca a decisão, interpondo recurso e, com isso, acessando eventualmente, inclusive, a instância extraordinária do Poder Judiciário. Nesta hipótese, a interpretação meramente literal da primeira parte do inciso I do art. 112 do CP esvazia de sentido o instituto da prescrição, posto que esta se funda, conforme explanado alhures, na inércia daquele que detém a pretensão; todavia, na situação exposta inexistente inércia, desinteresse ou desídia, visto que, quando do início do prazo prescricional, não há, formado, título judicial condenatório exequível; o Estado, desta forma, não está legitimado a executar a pena imposta, vedada que é, pelo princípio constitucional da presunção de inocência, a sua antecipada execução.

Na hipótese retromencionada, constata-se que, inobstante impedido o seu titular de exercer a pretensão penal executória por força de princípio constitucional característico de um Estado Democrático de Direito, a legislação infraconstitucional pátria preceitua transcorrer o prazo prescricional da pretensão executória em momento anterior ao trânsito em julgado definitivo da sentença penal condenatória.

Nesse diapasão, averba Mussi (2014, p. 255), acerca do paradoxo normativo, que:

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

A razão da incoerência apontada entre a lei penal e o princípio constitucional reside no fato, repise-se, de, segundo Bins (2013), apesar de a CRFB/88 ter trazido para o ordenamento jurídico brasileiro, com seu advento, um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, dentre os quais, o do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, com profundas implicações sobre a legislação penal material e formal que a precedeu, a interpretação doutrinária e jurisprudencial do ordenamento jurídico-penal perspectivado pela nova ordem constitucional mostrou-se, em um primeiro momento, tímida, o que resultou na manutenção da interpretação pacificada acerca de dispositivos penais preexistentes, que remanesceram hígidos e inteiramente aplicáveis, ainda que incompatíveis com as garantias processuais consagradas pela *Lex Mater*.

Entretantes, ainda nos anos dois mil, sucessivas inovações pontuais – as primeiras judiciais, seguidas pelas legislativas - sobre dispositivos processuais penais atinentes à exequibilidade provisória da pena, acabaram, inevitavelmente, por gerar a modificação colateral do sistema de execução criminal (BINS, 2013).

O aludido sistema, até então, gravitava em torno da execução provisória da pena. No entanto, como adverte Pasqualini (1999, p. 89), “no campo do Direito, como em qualquer âmbito do conhecimento, nenhuma mudança se deixa isolar: tudo repercute em tudo”.

Se em 1984 o início do prazo prescricional da pretensão executória com o trânsito em julgado para a acusação guardava harmonia com a possibilidade de o Estado buscar o cumprimento da sanção penal de forma provisória, após o giro interpretativo propiciado pela CRFB/88 e reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no *Habeas Corpus* (HC) 84.078, bem como a alteração legal que lhe sucedeu, a harmonia deu lugar a uma incoerência sistemático-axiológica, que diz com a contradição jurídica resultante da incompatibilidade da parte com o todo, da norma com o sistema e suas finalidades axiológicas.

Com efeito, em compasso com a nova ordem constitucional, o legislador ordinário ao alterar a legislação penal processual, adequando-a, em parte, ao princípio supramencionado, olvidou, contudo, do sistema prescricional constante da legislação penal material, especificamente o termo inicial da prescrição executória, agora incoerente com o sistema recursal processual penal interpretado à luz do princípio da presunção de inocência, pois como se manteve, na lei material, o termo

inicial do prazo prescricional da pretensão penal executória, este prazo começa a fluir apesar de o Estado, na nova conjuntura jurídico-penal-constitucional, não mais estar legitimado a executar a pena imposta após o trânsito em julgado da sentença condenatória tão somente para a acusação, uma vez que contrariaria flagrantemente o princípio da presunção de inocência.

Desta forma, interpretando literalmente o texto normativo da legislação penal material, inafastável a conclusão de que o Estado arca com a perda do seu *ius executionis* em razão de inércia que, em verdade, não existe, uma vez que esta pressupõe a existência da possibilidade de agir recusada ou negligenciada, o que não reflete a situação do Estado na conjuntura normativa atual: impossibilitado de agir, de executar a pena antes do trânsito em julgado definitivo, em face do princípio da presunção de inocência.

Nesse sentido, adotando-se o entendimento de que a inércia é pressuposto lógico da prescrição – civil ou penal -, enquanto despido de exigibilidade o comando condenatório e, por conseguinte, não exercitável a pretensão executória, não há se falar em transcurso do lapso prescricional (SOUZA, 2008, p. 92-93)

Ainda no mesmo sentido, discorrendo acerca do termo inicial da prescrição da pretensão executória e da sua indissociabilidade da inércia daquele que titulariza esta, obtempera NUCCI (2015, p. 591) que:

O início da prescrição da pretensão executória contra o Estado a partir do momento em que há o trânsito em julgado da decisão somente para a acusação é inconcebível, pois, ainda que se queira, não há viabilidade para a execução da pena, devendo-se aguardar o trânsito em julgado para a defesa. **Ora, se não houve desinteresse do Estado, nem inépcia, para fazer o condenado cumprir a pena, não deveria estar transcorrendo a prescrição da pretensão executória [...]** (grifo nosso).

Sem embargo da manifesta incoerência do dispositivo em tela, assiste razão a Bottini (2015) quando assenta que a interpretação da norma sobre a prescrição, sendo de direito penal material, é limitada pelo princípio da legalidade, que inadmite interpretação contrária ao sentido expresso dos dispositivos.

Acerca do sentido literal do enunciado normativo, assenta Pasqualini (1999, p. 97) que:

À literalidade, por muita que seja a nitidez com que soa, por notável que se afigure a clareza com que brilha, prefere, pela sua incomparável abrangência, o sentido axiológico-sistemático que àquela

anima e vivifica. Pela interpretação sistemático-transformadora, consegue-se enxergar mais além do sentido literal, não para desconsiderá-lo, senão que para compreendê-lo melhor, integrando-o, materialmente, ao horizonte e ao núcleo axiológico do sistema jurídico.

A interpretação sistemática e histórica, contudo, ao revelar a manifesta incoerência existente entre os sistemas recursal e prescricional brasileiros, exige uma resposta jurídica correta e, portanto, adequada à Constituição.

## 5.1 A CARTA DE OUTUBRO EM COLISÃO COM A LÓGICA DO SISTEMA DE EXECUÇÃO CRIMINAL

Conforme adiantado, a legislação penal material e formal, vigente à época da promulgação da CRFB/88, não foi, após a instauração da nova ordem constitucional, prontamente revista ou revisada à luz do novo núcleo axiológico inaugurado pela atual Carta Política. Tardaram a interpretação constitucionalmente adequada e a alteração legislativa das disposições normativas que mantinham a lógica ultrapassada do sistema de execução criminal.

Logo, antes do advento da Carta de Outubro (CRFB/88) e algum tempo após, as disposições processuais penais que permitiam a execução do decreto condenatório antes do seu trânsito em julgado e vedavam a interposição de recurso contra sentença condenatória sem prévio recolhimento do réu à prisão permaneceram válidas e eficazes no ordenamento jurídico brasileiro, e compatíveis, portanto, com o termo inicial da prescrição executória constante da primeira parte do inciso I do artigo 112 do CP, pois, quando da constatação do aludido termo, à luz da legislação processual penal pretérita, o Estado, como regra, estava legitimado a executar a pena, de modo que não executando-a, quando efetivamente reunia condições legais para tanto, e dêz que preenchido o lapso prescricional estabelecido em lei, sua pretensão penal executória seria fulminada pelo instituto da prescrição, porquanto verificado seu suposto prévio: a desídia ou inércia do titular da pretensão em exercê-la.

Disponha o *caput* do artigo 594 do Código de Processo Penal (CPP) brasileiro, *in verbis*: “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto” (BRASIL, 1941).

Como possível extrair do enunciado linguístico do artigo 594 do CPP, a legislação processual penal brasileira não permitia - salvante as exceções por ela expressamente previstas - a interposição, pelo réu, de apelação contrária à sentença condenatória sem o início da execução antecipada da pena, com o conseqüente recolhimento do réu à prisão.

Em reforço à condição recursal imposta pelo artigo 594 ao réu, o *caput* do artigo 595 do mesmo diploma processual preceituava que: “se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação” (BRASIL, 1941).

Em consonância com aquilo já afirmado *supra*, os dispositivos do CPP citados mantiveram-se vigentes no ordenamento jurídico nacional não obstante sua manifesta incompatibilidade e afronta ao princípio da presunção de inocência, consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/88. A própria jurisprudência construída pelos tribunais pátrios acerca do tema, durante algum tempo, após a promulgação da Constituição de 1988, permanecia a prestigiar o texto da legislação infraconstitucional em detrimento do princípio sobredito.

Nesse sentido o julgamento de HC nº 73.274-7/SP, em 1996, pela Segunda Turma do STF:

APELAÇÃO - FUGA - DESERÇÃO. Uma vez empreendida a fuga, incide a deserção do recurso interposto. O fato de o apelante ser recapturado antes do julgamento da apelação não afasta do mundo jurídico o fenômeno já ocorrido, ou seja, a deserção do recurso com o trânsito em julgado da sentença condenatória. PRISÃO PREVENTIVA - PREJUÍZO DA MATÉRIA. Uma vez existente sentença condenatória transitada em julgado, fica suplantado o tema da prisão. HABEAS-CORPUS - MATÉRIA FATICA. Se de um lado é certo que não se pode deixar de levar em conta, no julgamento do habeas-corpus, aspectos fáticos configuradores do alegado constrangimento, de outro não menos correto e que a medida exsurge inadequada a verificação da procedência, ou não, do fato típico imputado ao paciente. Se a hipótese sugere uma das premissas previstas no artigo 621 do Código de Processo Penal, cabe adentrar a via mais alargada da revisão criminal (BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, HC nº 73.274-7, Relator: Min. Marco Aurélio, 1996)

Perfilhando o mesmo entendimento, a Segunda Turma do STF quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 299835, de 20 de novembro de 2001:

EMENTA: Recurso extraordinário. Processo penal. Habeas Corpus de ofício. 2. Habeas corpus concedido de ofício, após fuga do réu, fundado em afronta ao princípio da ampla defesa, do acesso ao judiciário e do duplo grau de jurisdição, por ter sido julgada deserta a apelação interposta, vez que a sentença não lhe permitira o recurso em liberdade. 3. Recurso extraordinário interposto com alegação de ofensa aos incisos LIV e LV do

art. 5º, da Constituição. 4. Parecer da P.G.R. pelo provimento do recurso. 4. Tese recorrida que não tem sido consagrada por esta Corte. No RHC 73.274-SP, afirmou-se que, "empreendida a fuga, incide a deserção do recurso interposto. O fato de o apelante ser recapturado antes do julgamento da apelação não afasta do mundo jurídico o fenômeno ocorrido, ou seja, a deserção do recurso com trânsito em julgado da sentença condenatória". 5. Recurso extraordinário conhecido e provido para cassar o habeas corpus concedido de ofício pelo Tribunal a quo, reconhecendo, em consequência, o trânsito em julgado da sentença com relação ao paciente (BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, RE nº 299835, Relator: Néri da Silveira, 2001)..

Contudo, e ainda que tardiamente, a jurisprudência do Pretório Excelso (STF) passou a dirigir-se a uma interpretação constitucionalmente adequada, sobrepondo o princípio da presunção de inocência a qualquer disposição infraconstitucional a ele contrário.

Nesse sentido o teor do julgamento do HC nº 84.087/RJ, de 27 de abril de 2004:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. RECOLHIMENTO À PRISÃO PARA APELAR (CPP, ART. 594). SENTENÇA INSUFICIENTEMENTE MOTIVADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O art. 594 do Código de Processo Penal não implica o recolhimento compulsório do apelante. Ao contrário, cuida de modalidade de prisão cautelar, razão por que deve ser interpretado em conjunto com o art. 312 do mesmo diploma. 2. A sentença condenatória, no que tange à prisão do paciente, funda-se na gravidade abstrata do crime por que foi ele condenado. 3. Ordem concedida, para que o paciente aguarde o julgamento da apelação em liberdade (BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.087, Relator: Joaquim Barbosa, 2004).

Encampano o novo entendimento do STF, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou, em abril de 2008, o enunciado nº 347 da Súmula do STJ, *in verbis*: "o conhecimento do recurso de apelação do réu independe de sua prisão".

Diante do movimento jurisprudencial das mais altas cortes do país, o legislador, atento à interpretação consentânea à Constituição que se passou a conferir à legislação processual penal, reviu a lei, revogando de modo expresso os supracitados artigos 594 e 595, por meio, respectivamente, das Leis 11.719/2008 e 12.403/2011.

Conclui-se que, ainda que protraídas no tempo as mudanças jurisprudenciais e legais de há muito insofismavelmente exigidas pela nova ordem constitucional, a coerência lógica do sistema de execução criminal relativamente ao termo de início do cômputo do prazo prescricional da pretensão penal executória

começou a ser minada pela interpretação constitucionalmente adequada conferida à legislação penal infraconstitucional pelos tribunais do país e pelas alterações legais correlatas.

## 5.2 HABEAS CORPUS 84.078: RECONHECIMENTO DA FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Em 5 de fevereiro de 2009, ao julgar o HC 84.078/MG, o STF teve a oportunidade de debruçar-se mais detidamente sobre outro aspecto da legislação processual penal brasileira colidente com o princípio da presunção de inocência: o(s) efeito(s) do recurso extraordinário em matéria penal.

O artigo 637 do CPP (pré-Constituição de 1988), em seu enunciado, não atribui ao recurso extraordinário efeito suspensivo, o que significa a possibilidade de execução antecipada (pois que antes do esgotamento da via recursal extraordinária) da pena imposta em acórdão condenatório ou confirmatório de sentença condenatória.

Por certo que mesmo após entrar em vigor a atual Carta Política, o dispositivo se manteve hígido, como hígida se manteve a sua aplicação pelos tribunais do país. De modo que mesmo após outubro de 1988 a jurisprudência prevalente no Pretório Excelso assentava a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, a despeito de, repise-se, o atual texto constitucional consagrar explicitamente o princípio da presunção de inocência, a determinar não considerar-se culpado alguém senão após o trânsito em julgado de decisão condenatória.

Nesse sentido o teor do julgamento do HC 68.726/DF que, com relatoria do Ministro Néri da Silveira, em 28 de junho de 1991, em sessão penaria, à unanimidade, assentou não conflitar com o previsto no artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/88, depois de exauridas as instâncias ordinárias criminais, a execução antecipada da pena:

EMENTA: - Habeas Corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau é de natureza processual e concerne aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de

execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o par. 2 do art. 27. da Lei nº 8.038/1990, **os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo**. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instancias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas Corpus indeferido (grifo nosso) (BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, HC nº 68.726, Relator: Néri da Silveira, 1991)..

Nos mesmos moldes o julgado do HC 70.662/RN, Relator Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, de 21 de junho de 1994.

Além dos já citados, vários outros julgados compuseram o corpo da jurisprudência: HC 71.723/SP, Relator Ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 16/06/1995; HC 79.814/SP, Relator Ministro Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 13/10/2000; HC 80.174/SP, Relator Ministro Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 12/04/2002; HC 91.675/PR, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 7/12/2007.

Neste compasso, ainda, os enunciados 716 e 717 do STF, que igualmente admitiam a execução provisória da pena imposta em decisão condenatória, ainda que recorrível.

Demais disso, a Lei 8.038, de 28 de maio de 1990, que disciplinou a ordem dos processos perante o STJ e o STF, repetiu o preceituado pela lei processual penal em seu artigo 637, estabelecendo o recebimento de recurso extraordinário tão somente no efeito devolutivo.

Entrementes e sem embargo do entendimento dominante, uma interpretação detida e sistemática do direito descortinava a sua inadequação. Para além dos princípios constitucionais da presunção de inocência e da ampla defesa, já suficientemente determinantes para a superação do entendimento, a Lei de Execução Penal exigia - em rota de colisão com o efeito não suspensivo do recurso extraordinário - o trânsito em julgado da decisão condenatória para a expedição da guia de recolhimento para a execução e, *ipso facto*, para a própria prisão (BINS, 2013).

Dispõe o artigo 105 da Lei 7.210 (Lei de Execução Penal), de 11 de julho de 1984: “transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução (BRASIL, 1984).

No contexto jurídico acima exposto, no julgamento do HC 84.078/MG, por maioria dos seus votos, em decisão plenária, o STF consagrou a impossibilidade constitucional da execução antecipada da pena - antes do trânsito em julgado definitivo (para ambas as partes), portanto:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA 'EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA'. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que '[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença'. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei nº 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. **A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.** 4. **A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.** 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos 'crimes hediondos' exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: 'Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente'. 6. **A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados - não do processo penal.** A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que 'ninguém mais será preso'. Eis o que poderia ser apontado como incitação à 'jurisprudência defensiva', que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei nº 2.364/61, que deu nova redação à Lei nº 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque - disse o relator - 'a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição'. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade

anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida (grifo nosso) (BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, HC nº 84.078, Relator: Eros Grau, 2009)..

Desta forma, superando sua tradicional jurisprudência, firmou a Suprema Corte o entendimento de que incompatível com o princípio da presunção de inocência a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

O cotejo do novo entendimento da Suprema Corte - pautado pelo princípio da presunção de inocência – com o termo inicial da prescrição da pretensão penal executória evidenciou mais nitidamente a incoerência deste com o sistema de execução criminal.

### 5.3 HABEAS CORPUS 126.292: ALÉM DOS LIMITES SEMÂNTICOS DO TEXTO CONSTITUCIONAL

À revelia do que dispõe de modo expreso o texto constitucional, o STF, quando do julgamento do HC 126.292, alterou, por maioria de votos, o entendimento que desde 2009, com o julgamento do HC 84.078/MG, perfilhava relativamente ao efeito com que deveria ser recebido o recurso extraordinário em matéria penal.

Desse modo, após vedar a execução antecipada da pena no julgamento do HC 84.078, retomou o Pretório Excelso seu entendimento pretérito, de que após a decisão de órgão judicial de segundo grau de jurisdição, ainda que pendente recurso de natureza extraordinária, é possível a execução da pena firmada por este órgão.

A Suprema Corte adere, assim, ao posicionamento de parte da doutrina e jurisprudência brasileira que defende, ao questionar o real alcance do princípio da presunção de inocência, a possibilidade da execução da sentença penal condenatória antes mesmo do seu trânsito em julgado.

Frischeisen, Garcia e Gusman (2015, p 492-493), por exemplo, sustentam não ser absoluta a presunção referida, mas, ao contrário, passível de afastamento

ou flexibilização. Seriam exemplos desta flexibilização as modalidades de prisão cautelar, que podem privar o indivíduo de sua liberdade quando existentes indícios suficientes de autoria e materialidade, e desde que preenchidos algum dos demais requisitos da medida cautelar pessoal, elencados no artigo 312 do CPP. Neste prisma, arguem que afastar a presunção de inocência para privar cautelarmente alguém de sua liberdade deambulatoria e, no entanto, em razão desta presunção, impedir-se a execução provisória da pena, seria tratar de modo mais severo preso em regime de prisão preventiva, por exemplo, do que aquele sobre o qual paira decisão condenatória.

Outrossim, sustentam que a exigência de trânsito em julgado deve ser interpretada em consonância com outras normas constitucionais, posto que nenhuma decisão é absolutamente imutável em face da possibilidade do manejo de revisão criminal e *habeas corpus* com caráter revisional (FRISCHEISEN; GARCIA; GUSMAN, 2015, p. 493-494).

Contudo, tais argumentos não resistem a uma cautelosa análise teórica, não encontrando guarida constitucional ou legal, antes conduzindo a uma conclusão lastreada em falsas premissas.

Pois bem, meios vocacionados a um fim específico, as medidas cautelares de natureza processual penal destinam-se à tutela do processo, ao resguardo do seu regular desenvolvimento (LOPES JR., 2015, p. 589).

A crítica ao tratamento mais gravoso àquele submetido à medida cautelar privativa de liberdade olvida da natureza instrumental desta medida pessoal, pois que instrumento voltado à garantia do processo.

Neste prisma, descabida a equiparação entre prisão cautelar e prisão decorrente de sentença penal condenatória, porquanto aquela funda-se em razões (*fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*) distintas daquelas que informam esta última, relacionadas ao processo, sendo este o seu fim.

Ademais, a principiologia que norteia o instituto da prisão cautelar permite sua coexistência com a garantia da presunção de inocência ao compreender excepcionalidade e a proporcionalidade como diretrizes de sua decretação (LOPES JR. 2015).

Por outro lado, quanto à inexistência de decisão condenatória absolutamente imutável, o que estaria a permitir a extração de um significado outro para a expressão trânsito em julgado que não a imutabilidade da decisão, em face da

possibilidade de sua rescisão por *habeas corpus* com caráter revisional ou a própria revisão criminal, a conclusão também desconhece a natureza jurídica dos instrumentos processuais que a fundamentam.

A revisão criminal é meio extraordinário de impugnação de sentença transitada em julgado; o *habeas corpus*, ação autônoma de impugnação, de natureza mandamental e status constitucional (LOPES JR. 2015)

Portanto não se confundem com recursos, pois estes, sim, são, segundo Lopes Jr. (2015, p. 959), meios processuais destinados a anular ou modificar decisão ainda não transitada em julgado.

Diferentemente, a revisão criminal e o *habeas corpus*, tal como expostos pelos autores tem por objeto de ataque decisão com trânsito em julgado.

Nesse sentido, Marques (1997, p. 97), para quem:

A sentença definitiva não mais sujeita a **reexames recursais** transforma a *res judicanda* em *res judicata*, e a vontade concreta da lei, afirmada no julgado, dá ao imperativo jurídico, ali contido, a força e a autoridade de lei, especial entre as partes, no tocante ao litígio jurisdicionalmente decidido e solucionado (grifo nosso).

Olvida-se que apesar da coisa soberanamente julgada e, portanto, absolutamente imutável, ser própria das sentenças absolutórias quando transitam em julgado, as sentenças condenatórias também passam em julgado, não obstante, conforme adverte Marques (1997, p. 82-83), “apenas com a imutabilidade da coisa julgada comum ou simples”.

Sob diversa perspectiva, a dos limites interpretativos do texto constitucional, não andou bem nossa Suprema Corte, porquanto, ao ressuscitar seu antigo entendimento sobre a matéria, retrocedeu à posição adotada em momento anterior à CRFB/88 e, portanto, descompromissada com o princípio da presunção de inocência tal como explicitado na vigente ordem constitucional.

O novel entendimento cria o que Oliveira e Martins (2016) definem como situação esdrúxula, visto que relativiza-se a presunção de inocência em momento anterior ao trânsito em julgado de decisão condenatória que, por isso mesmo, pode vir a ser reformada, afirmando inclusive a inocência daquele que está a cumprir antecipadamente uma pena indevida, injusta.

Segundo Bottini (2016), com sua decisão, o STF admite a prisão de alguém não culpado, nos termos da CRFB/88, e nega vigência ao artigo 283 do CPP, sem declarar formalmente sua inconstitucionalidade.

Nada obstante o novel entendimento da Corte Suprema do Brasil, a incoerência relativa ao termo inicial da prescrição executória permanece hígida, de modo que, apesar da mitigação dos efeitos danosos à efetividade do *ius puniendi* estatal, caso mantenha-se o entendimento adotado em sede de *habeas corpus*, ainda assim, até a decisão condenatória de segunda grau de jurisdição o lapso prescricional estaria correndo sem haver inércia estatal para tanto, incompatível com o princípio da presunção de inocência e em patente afronta ao princípio da proporcionalidade e à isonomia processual.

#### 5.4 A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICO-AXIOLÓGICA E CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA

O novo entendimento do STF, que retoma sua antiga jurisprudência ao admitir a execução de decisões condenatória quando ainda pendentes de julgamento recursos extraordinários a elas relativos, apesar de mitigar a incoerência sistemático-axiológica do termo inicial do prazo prescricional, não a afasta.

O prazo prescricional da pretensa penal executória continua a ter o início do seu cômputo em momento no qual o Estado não está legitimado a executar a pena, o que contraria manifestamente os fundamentos do instituto, que, associado ao fluir do tempo, tem a inércia do titular da pretensão como fundamento.

A relevância jurídica e social do tema está a exigir uma resposta judicial ou legislativa com o condão de harmonizar novamente o sistema jurídico, de modo específico o sistema jurídico de execução criminal, que para este trabalho traduz-se na interdependência das normas do sistema prescricional e sistema recursal da legislação penal infraconstitucional.

Os direitos fundamentais compreendidos como direitos a prestações não se identificam unicamente com direitos sociais prestacionais. Numa acepção ampla, englobam os direitos de proteção, nos quais se incluem os direitos a prestações normativas pelo Estado, mediante a edição de normas jurídico-penais, por exemplo.

Nesse diapasão o princípio da proporcionalidade, em sua feição proibição da proteção deficiente, impõe ao Estado medidas positivas que garantam aos cidadãos o gozo dos seus direitos fundamentais.

O termo inicial do prazo prescricional da pretensão penal executória viola o princípio da proporcionalidade ao não garantir de modo eficiente o direito fundamental à segurança, que também se efetiva através da adequada resposta judicial àqueles que praticaram infrações penais.

Sob a perspectiva da necessária harmonização constitucional do sobredito termo, duas propostas se nos afiguram juridicamente viáveis: a alteração legislativa ou a técnica de controle de constitucionalidade de interpretação conforme a Constituição.

*De lege ferenda*, em face da nova conformação infraconstitucional das normas integrantes do sistema de execução criminal conferida pela expressa previsão constitucional do princípio da presunção de inocência, que esvazia de sentido o instituto jurídico da prescrição penal em seu fundamento inércia do titular da pretensão, a redação do inciso I do artigo 112 do CP carece de modificação de sua primeira parte, de molde a restaurar a sua redação primitiva, anterior à atual, conferida pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, consagrado, deste modo, o trânsito em julgado definitivo (para ambas as partes processuais) como marco inicial do prazo da prescrição executória.

Judicialmente, a interpretação conforme a Constituição, em sede de jurisdição constitucional, apresenta-se como a mais adequada à hipótese, haja vista que o trânsito em julgado previsto pela primeira parte do inciso I do artigo 112 do CP comporta interpretação compatível com a Constituição, o que permitiria mantê-la no ordenamento jurídico sem a declaração de sua revogação, porquanto dispositivo normativo anterior à atual Constituição.

Segundo Barroso, (1998, p. 174), a interpretação conforme traduz-se na escolha de uma norma legal dentre outras possíveis nas interpretações possíveis do texto normativo.

Técnica de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme busca o sentido e o alcance do texto normativo que seja harmônico com a CRFB/88, porém não o mais evidente na leitura do texto, excluindo interpretações incompatíveis com aquela (BARROSO, 1998, p. 175).

Nesse sentido, Bins (2013) aduz que o real significado e técnico significado do termo “trânsito em julgado” é a aquisição de definitividade por uma decisão judicial, que, desta forma, em princípio, torna-se impassível de revisão.

Nesse sentido Leone (1963, p. 320 *apud* LOPES JR., 2015, p. 908), para quem, “na essência, ‘coisa julgada’ significa decisão imutável e irrevogável; significa imutabilidade do mandamento que nasce da sentença”.

Portanto, embora não o mais evidente, diante da atecnia da primeira parte do inciso I do artigo 112, mostra-se possível alcançar, por meio de interpretação conforme a Constituição, o sentido do termo inicial do prazo prescricional da pretensão penal executória mais adequado não só à Lei Fundamental mas à própria técnica processual, porquanto a atual redação do aludido inciso não se concilia com os princípios constitucionais da presunção de inocência, proporcionalidade e devido processo legal, do qual a isonomia processual é corolário.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto jurídico da prescrição relaciona-se com o transcurso do tempo como fato socialmente relevante e, portanto, regulado pelo Direito, que estabelece efeitos distintos oriundos do perpassar do tempo.

Sob a ótica da Teoria Geral do Direito, o instituto da prescrição serve à manutenção da segurança e estabilidade das relações jurídicas nascidas no seio da sociedade, porquanto pretensões de direito destituídas de limites temporais ao seu exercício são fontes de insegurança e incerteza àqueles a elas submetidos, o que não se coduna com o escopo do Direito, instrumento de controle social e meio de realização da justiça.

Na seara penal, a prescrição apresenta efeitos próprios, correspondentes à especificidade do ramo jurídico no qual se insere. Neste sentido, o instituto jurídico da prescrição de natureza penal tem como consequências de sua configuração a perda do direito estatal de punir ou executar a expressão da punição, a pena, ao condenado.

Estabelecendo a lei um prazo para que se desincumba o Estado do exercício das pretensões penais que lhe são próprias – uma vez que, suplantada a nefasta vingança privada, no Estado contemporâneo este detém o monopólio do poder punitivo – o não exercício no prazo legal caracteriza inércia do titular da pretensão, pressuposto indissociável do transcurso do tempo para o surgimento dos efeitos prescricionais.

Em suma, são o perpassar do tempo e a inércia do titular da pretensão os supostos prévios da prescrição de modo geral, assim como da prescrição de natureza penal, de modo específico.

Defender-se que a prescrição penal funda-se na emenda do acusado, no esquecimento social do delito ou na dispersão de provas é confundir os efeitos com as causas do instituto.

Nesse sentido, em consonância com os fundamentos da prescrição penal, o Estado brasileiro previa em sua legislação penal infraconstitucional, salvante algumas exceções, ao lado da prescrição penal executória, a possibilidade de execução provisória ou antecipada da pena, de modo que, em sua primitiva redação, o Código de Processo Penal condicionava a insurgência do réu contra a sentença condenatória ao seu prévio recolhimento ao cárcere, razão pela qual dispunha a lei

penal material acerca da prescrição executória que esta teria o início do cômputo do seu prazo com o trânsito em julgado para a acusação, momento no qual estava o Estado normalmente apto ao exercício de sua pretensão executória, de modo que a não execução da pena no tempo legalmente estabelecido para tanto caracterizaria inércia estatal no exercício de sua pretensão e, por conseguinte, ter-se-ia fulminada pela prescrição a pretensão penal executória do Estado.

Ocorre que em 1988, quatro anos após a fixação legal do marco inicial do prazo prescricional da pretensão penal executória, um novo paradigma jurídico foi instaurado pela vigente Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), a demandar a releitura de toda a legislação penal infraconstitucional, de molde a compatibilizá-la com as novas diretrizes constitucionais.

Nesse sentido, jurisprudência e legislação adequaram, embora tardiamente, as várias previsões legais relacionadas à execução provisória da pena com o princípio, elevado ao patamar constitucional, da presunção de inocência.

Todavia, o ordenamento jurídico é um sistema formado por normas, princípios e valores, hierarquicamente organizados, cujos elementos pressupõem-se reciprocamente.

Sob esse prisma, não obstante a revisão jurisprudencial e legal do sistema recursal penal - regulado pela legislação penal processual -, olvidou-se do sistema prescricional, previsto na lei penal material, especificamente o termo inicial da prescrição penal executória contido na primeira parte do inciso I do artigo 112 da referida lei, que permaneceu hígido, sem alteração, sem qualquer correção interpretativa, nos moldes daquela recebida pela lei processual, mais adequada à dicção constitucional.

Há manifesta interdependência entre o aludido termo e o sistema penal recursal, pois, como já referido, o início do aludido prazo prescricional pressupõe a efetiva possibilidade de exercício da pretensão penal executória, do contrário ter-se-ia uma teratológica prescrição sem inércia ou desídia do seu titular. Ora, tal como posto atualmente na legislação penal brasileira o termo inicial da prescrição penal executória (quando do trânsito em julgado, para a acusação), se o Estado se resigna com o comando condenatório, mas o condenado se insurge contra o mesmo, o início do prazo prescricional com o trânsito em julgado tão somente para a acusação pressupõe a possibilidade da execução provisória da pena, sob pena de vulneração da eficácia do *ius puniendi* e do direito fundamental à segurança.

Sem embargo da novel decisão do STF que, ao revisar seu entendimento, relativizou o princípio da presunção de inocência, permitindo a execução temporã da pena após decisão condenatória de segundo grau de jurisdição, não teve o condão, contudo, a mencionada decisão de afastar a incoerência do termo inicial da prescrição da pretensão penal executória, que continua a destoar do novo prisma axiológico que informa a lei penal.

Desse modo, a primeira parte do inciso I do artigo 112 do CP, por incompatível com o princípio da presunção de inocência, bem como com o da proporcionalidade, em sua feição de proibição da proteção deficiente, demandam sua alteração legal ou interpretação conforme a Constituição, em sede de jurisdição constitucional, para que se exclua do ordenamento termo sistemática e axiologicamente incompatível com o mesmo.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Cristiano José de. **Da prescrição em matéria penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ARISTÓTELES. **A política**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 34 ed. São Paulo: Globo, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 2 ed. Bauru: Edipro, 2011.

BINS, Denise Dias de Castro. **Termo inicial da prescrição da pretensão executória: uma releitura da primeira parte do inciso I do artigo 112 do código penal à luz do sistema constitucional e processual penal contemporâneo**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 57, dez. 2013. Disponível em: <[http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Denise\\_Bins.html](http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/Denise_Bins.html)> Acesso em: 04 fev. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Legalidade em xequê: a discussão no STF sobre a prescrição penal**. Consultor Jurídico, São Paulo. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-03/direito-defesa-legalidade-xequê-discussao-stf-prescricao-penal>>. Acesso em: 10 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **O retorno da execução provisória da pena: os porretes de Eros Grau**. Consultor Jurídico, São Paulo. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-23/direito-defesa-retorno-execucao-provisoria-pena-porretes-eros-grau>>. Acesso em: 4 mar. 2016.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 19 abr. 2016.

\_\_\_\_\_, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, RJ, 7 dez. 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: 19 abr. 2016.

\_\_\_\_, Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.078-MG**. Habeas Corpus. Inconstitucionalidade da chamada 'Execução antecipada da pena'. Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil. Dignidade da Pessoa Humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil. Impetrante: Omar Coelho Filho. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 2 mai. 2016.

\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 68.726-DF**. Habeas Corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. Impetrante: Fernando Eduardo Ayres da Motta. Coator: Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, DF, 28 de junho de 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em: 2 mai. 2016.

\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.087-RJ**. Habeas corpus. Processo penal. Recolhimento à prisão para apelar (CPP, art. 594). Sentença insuficientemente motivada. Ordem concedida. Impetrante: César Teixeira Dias. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 27 de abril de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=384900>>. Acesso em: 2 mai. 2016.

\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 73.274-SP**. Apelação - Fuga - Deserção. Impetrante: Nelson Borges Filho. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 6 de fevereiro de 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74375>>. Acesso em: 2 mai. 2016.

\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 299835**. Recurso extraordinário. Processo penal. Habeas Corpus de ofício. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Ernesto Ferreira da Silva Neto. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília, DF, 20 de novembro de 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260485>>. Acesso em: 2 mai. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de sociologia jurídica**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

COSTA JR., Paulo José da. **Curso de direito penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**. 1 ed. Campinas: Russell Editores, 2003.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução provisória da pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* 84.078. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo Penal integral**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 491-517.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUARAGNI, Fábio André. **Prescrição penal e impunidade**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

GRECO, Rogério. **Código penal: comentado**. 9 ed. Niterói: Impetus, 2015.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. 5 ed. renov. e ampl. Granada, 2002.

JESUS, Damásio E. de. **Prescrição penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. **Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico**. Consultor Jurídico, São Paulo. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em: 4 mar. 2016.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. vol. I. 1 ed. atual. Campinas: Bookseller, 1997.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal**. vol. III. 1. ed. atual. Campinas: Millennium, 1999.

\_\_\_\_\_. **Elementos de direito processual penal**. vol. III. 1 ed. Campinas: Bookseller, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MUSSI, Jorge. **Reflexões sobre o termo inicial da prescrição da pretensão executória no Direito Penal**. Revista do Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/75576/reflexoes\\_termo\\_inicial\\_muSSI.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/75576/reflexoes_termo_inicial_muSSI.pdf)> Acesso em: 14 out. 2015.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: parte geral**. Tomo I. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2 ed. Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2003.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 4 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal**. 11 ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Prisão antecipada, erro judiciário à vista em uma cultura punitiva que cresce**. Consultor Jurídico, São Paulo. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/mariz-ives-gandra-prisao-antecipada-erro-judiciario-vista?>>. Acesso em: 4 mar. 2016.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PINHO, Ruy Rebello. **História do direito penal brasileiro: período colonial**. São Paulo: Bushatsky, 1973.

PORTO, Antonio Rodrigues. **Da prescrição penal**. 2. Ed. atual. São Paulo: Bushatsky, 1977.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: princípios de direito político**. ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

SABINO JÚNIOR, Vicente. **Direito penal: parte geral**. vol. I São Paulo: Bed, 1980.

SILVA, Pedro Filipe Gama da. **A prescrição como causa de extinção da punibilidade: um estudo de direito penal português**. 2015. 147 f. Orientadora: Cristina Líbano Monteiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito: uma visão substantiva**. 3 ed. ver. e aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SOUZA, Isac Barcelos Pereira de. **O trânsito em julgado para a acusação como marco inicial da prescrição da pretensão executória e a impossibilidade de execução provisória da pena: prescrição sem inércia?** Revista Omnes, Brasília, n. 1, out., 2012. Disponível em: <[http://www.anpr.org.br/revistaomnes/wp-content/uploads/2012/10/Revista\\_omnes4.pdf](http://www.anpr.org.br/revistaomnes/wp-content/uploads/2012/10/Revista_omnes4.pdf)>. Acesso em: 02 mai. 2016.

TRIPPO, Maria Regina. **Imprescritibilidade penal**. 1 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito**. 5 ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.

WELZEL, Hans. **Direito Penal**. 1 ed. Campinas: Romana, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 1 v.