



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 156.095/2015-AsJConst/SAJ/PGR

**Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo
848.107/DF**

Relator: Ministro **Dias Toffoli**

Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Recorrido: Edson Rodrigues de Oliveira

CONSTITUCIONAL E PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. ART. 112, I, DO CÓDIGO PENAL. TERMO INICIAL DO TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA ISONOMIA (PARIDADE DE ARMAS). PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DO HC 84.078/MG.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* 84.078/MG, decidiu pela impossibilidade de execução de pena antes de exauridas todas as instâncias, inclusive a extraordinária, sem prejuízo da possibilidade de prisão cautelar.

2. Aplicação literal do art. 112, I, do Código Penal, em face da orientação jurisprudencial atual do STF, acarreta contradição com a essência do conceito de prescrição, que decorre de inércia do titular do direito, e severo golpe contra a eficácia do sistema de execução penal e contra o direito fundamental à segurança, pois o curso da prescrição da pretensão executória se iniciaria sem que o Estado, por meio do Ministério Público, possa executar a decisão condenatória. Atinge-se assim, também, de forma cruel, a expectativa legítima das vítimas de delito de os perpetradores destes recebam a punição prevista na lei.

3. A única interpretação atualmente consistente e compatível com a Constituição da República acerca do termo inicial da prescrição executória é a que a define como o trânsito em julgado da decisão condenatória para ambas as partes.

4. Parecer pelo provimento do recurso.

I. RELATÓRIO

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que negou provimento a agravo em execução, nos seguintes termos:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. DESPROVIMENTO.

I – Segundo dispõe o art. 112, I, do Código Penal, a prescrição da pretensão executória começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação, não sendo cabível considerar como termo inicial do prazo prescricional a data do trânsito em julgado definitivo, sob pena de eleger termo interruptivo não previsto em lei.

II – Verificada a ocorrência de causa extintiva de punibilidade, deverá o juiz ou Tribunal declará-la de ofício, nos termos do artigo 61 do Código de Processo Penal.

III – Recurso conhecido e desprovido.

Especificamente em relação ao art. 112, I, do Código Penal, ponderou o relator:

[...]

Desse modo, as alegações do Ministério Público quanto à interpretação do art. 112, I, do Código Penal, à luz do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, não se mostram adequadas, na medida em que o princípio da presunção de inocência, consubstanciado no direito de o réu de não ser declarado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença

condenatória, origina-se exatamente da necessidade de garantia da liberdade, objetivo último do instituto da prescrição, que visa estabelecer critérios limitadores para o direito de punir do Estado.

Assim sendo, considerar-se o trânsito em julgado final como marco interruptivo da prescrição seria legislar em desfavor do réu, o que não se coaduna com o Direito Penal mínimo e garantista. (Volume 1, *e-STJ* fl. 83)

Sustenta o recorrente, em preliminar, repercussão geral da matéria, por entender que “ultrapassa os interesses subjetivos da causa e alcança toda a massa carcerária e a própria estrutura judicial na esfera criminal” (vol. 2, *e-STJ*, folha 108). Quanto ao tema de fundo, alega contrariedade ao art. 5º, II e LVII, da Constituição da República. A seu ver, desde que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento, do *habeas corpus* 84.078/MG,¹ entendeu inconstitucional a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação, faz-se necessário interpretação conforme do art. 112, I, do Código Penal, a fim de considerar o trânsito em julgado para ambas as partes como termo inicial da contagem do prazo prescricional, “sob pena de tornarem-se infrutíferas as execuções criminais do país, todas fulminadas pela prescrição” (*e-STJ*, fl. 112). Colaciona precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal em apoio de sua tese.

O recurso especial concomitantemente interposto não foi provido pelo Superior Tribunal de Justiça.²

1 Supremo Tribunal Federal. Plenário. HC 84.078/MG. Relator: Ministro EROS GRAU. 5/2/2009, maioria. *DJe* 26 fev. 2010, p. 1.048.

2 Disponível em: < <http://zip.net/bmryYD> > ou

Vieram os autos a esta Procuradoria-Geral da República, em 9 de abril de 2015.

É o relatório.

II. MÉRITO

II.1 RECONHECIMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL

Reconheceu-se nestes autos repercussão geral da controvérsia relativa à recepção do art. 112, I, do Código Penal, que prevê contagem do prazo prescricional da pretensão punitiva a partir do trânsito em julgado para a acusação.³ Eis a ementa do julgado (peça 7 do processo eletrônico).

CONSTITUCIONAL. PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO NA MODALIDADE EXECUTÓRIA. TRÂNSITO EM JULGADO SOMENTE PARA A ACUSAÇÃO. ARTIGO 112, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DO REFERIDO INSTITUTO PENAL COM O ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL VIGENTE, DIANTE DOS POSTULADOS DA ESTRITA LEGALIDADE E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, INCI-

< https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=39021797&num_registro=201402150723&data=20141009&formato=PDF >. Acesso em: 8 jul. 2015.

3 “Art. 112. No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr: (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984)

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; (Redação dada pela Lei 7.209, de 11.7.1984) [...]”.

SOS II E LVII). QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL.

Registrou-se haver julgados da Suprema Corte assentando o início da contagem do prazo prescricional a partir do trânsito em julgado “para todas as partes” e outros que preconizam a contagem da prescrição da pretensão executória na interpretação literal do art. 112 do CP. Daí “a inegável oportunidade e conveniência para se consolidar a orientação desta Suprema Corte a esse respeito” (peça 7, fl. 4).

II.2 CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA ISONOMIA E AO FUNDAMENTO DA PRESCRIÇÃO

Sob a égide da Constituição pretérita (de 1967, com a Emenda Constitucional 1, de 17 de outubro de 1969), o art. 594 do Código Processo Penal,⁴ revogado pela Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, previa que o acesso ao duplo grau de jurisdição se condicionava a execução provisória da pena, de maneira que o condenado somente poderia apelar se se recolhesse à prisão ou se prestasse fiança, quando esta coubesse.

4 Art. 594 na redação da Lei 5.941, de 22 de novembro de 1973: “Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto. Art. 595. Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação.”

Segundo comentário do Ministro JORGE MUSSI, essa sistemática recursal era coerente com o art. 112, I, do Código Penal, “pois, mesmo diante da interposição da apelação defensiva, apta a postergar o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, era possível o exercício da pretensão executória estatal mediante a imposição do recolhimento do acusado ao cárcere como condição para o conhecimento da insurgência”.⁵

O legislador constituinte originário, ao preconizar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, promoveu mudança no paradigma hermenêutico desse tema. A presunção de inocência (ou a presunção de não culpabilidade, como preferem alguns) foi alçada a patamar constitucional, conquanto a definição do conceito de trânsito em julgado dependa, em certa medida, da legislação infraconstitucional.

Nessa linha de pensamento, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela impossibilidade de execução de pena antes de exauridas todas as instâncias, inclusive a extraordinária, exceto se houver necessidade de prisão cautelar. Eis a ementa do julgado proferido no *habeas corpus* 84.078/MG, que é o marco interpretativo no tema:

**HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA
CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”.
ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIG-**

5 MUSSI, Jorge. Reflexões sobre o termo inicial da prescrição da pretensão executória no Direito Penal. In: *Revista do Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014, p.254.

NIDADE 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 n. 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 n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 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 1.988, 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 as 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.⁶

6 STF Plenário. HC 84.078/MG. Rel.: Min. EROS GRAU. 5/2/2009, maioria. *DJe* 26 fev. 2010, p. 1.048.

Tal interpretação do princípio da presunção de inocência, a considerar de forma tão ampla a não culpabilidade do acusado, não levou em conta certas consequências de ordem sistêmica. Entre elas está a prescrição de pretensão executória, prevista no art. 112, I, do CP, cujo termo inicial merece nova análise à luz dos princípios da proporcionalidade, do devido processo legal e da isonomia processual (a chamada “paridade de armas”), a fim de que possa fazer sentido, na compreensão da exequibilidade da condenação pós-HC 84.078/MG e à luz da Constituição de 1988.⁷ Nesse sentido, procede, em certa medida, a crítica de autores como DOUGLAS FISCHER:⁸

Compreende-se que, por *intermédio de todos meios constitucionais existentes*, a Teoria do Garantismo se consubstancia em irrestrita tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui objetivo justificante (quando for o caso) do Direito Penal.

Numa frase: quer-se garantir a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à verdade. Mas não se pode[m] afastar destas premissas outros interesses

7 Como corretamente destaca ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Prescrição da pretensão executória: Qual o termo inicial? In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de (orgs.). *Tributo a Afrânio Silva Jardim. Escritos e estudos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 83-98.

8 FISCHER, Douglas. A prescrição da pretensão executória penal em face do que decidido pelo STF no HC nº 84.078-MG. In: PAULSEN, Leandro (coordenador). *Repercussão geral no recurso extraordinário: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 246-247.

envolvidos e garantidos também constitucionalmente, notadamente os coletivos.

[...]

O que disse a Corte Suprema, no julgamento do *leading case* foi, numa síntese, que, frente aos novos comandos constitucionais vigentes a partir de 1988, não se poderia admitir a execução de pena enquanto não esgotadas todas as instâncias recursais, pena de malferimento ao princípio constitucional da inocência (ou não culpabilidade). Noutras palavras, admitir-se a execução antes deste momento seria um excesso injustificável (salvo nas hipóteses de prisões cautelares). Ora, o que se fez aqui, em verdade e com a *maxima venia*, foi conceder verdadeiro caráter absoluto a um direito fundamental (a presunção de inocência ou de não culpabilidade) quando, é cediço, há muito a própria Corte Suprema insiste [em] que não há direitos fundamentais absolutos.

De fato, a aplicação literal do art. 112, I, do CP, em contraste com a nova orientação jurisprudencial do STF, acarreta incoerência com o subsistema de recursos e execução penais, pois o fluxo da prescrição da pretensão executória se iniciaria sem que o Estado possa executar a sentença. Se, porém, prescrição é consequência de inércia do titular do direito, não faz sentido admitir que se possa deflagrar o prazo daquela, se, nesse momento, o titular do *jus puniendi*, o Ministério Público, está impossibilitado de exercê-lo mediante execução da condenação.

A esse respeito, vale transcrever acertada ponderação de GUILHERME DE SOUZA NUCCI:⁹

Termo inicial da prescrição da pretensão executória:
é a data do trânsito em julgado da sentença condenatória, para a acusação. No entanto, é inconcebível que assim seja,

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 611.

pois o Estado, mesmo que a sentença tenha transitado em julgado para a acusação, não pode executar a pena, devendo aguardar o trânsito em julgado para a defesa. Ora, se não houve desinteresse do Estado, nem inépcia, para fazer o condenado cumprir a pena, não deveria estar transcorrendo a prescrição da pretensão executória.

É também nessa linha a indagação de DOUGLAS FISCHER, que considera anômala a situação de o prazo prescricional transcorrer sem que o título correspondente seja exequível.¹⁰

Admitir que a prescrição da pretensão executória poderia fluir antes de o Ministério Público ter capacidade de postular execução da condenação feriria a essência da ideia de prescrição, que repousa sobre a noção de inércia do titular do direito. O *jus puniendi* somente pode ser exercido quando houver condenação firme do acusado. Se o Supremo Tribunal Federal reputa que apenas com esgotamento da instância para acusação e defesa é possível haver execução da pena, não é coerente, racional nem jurídico que a prescrição se inicie antes disso. Sem possibilidade de exercício do direito não há *actio nata*, isto é, ação possível de seu titular, de modo que tampouco se pode cogitar de início de prazo prescricional.

PONTES DE MIRANDA ressalta essa natureza sancionatória multissecurar da prescrição, como resultante de inação do titular do direito:

2. *Conceito de prescrição no Código Civil.* No Código Civil brasileiro e na ciência jurídica, escoimada de teorias generali-

¹⁰ *Idem*, p. 256.

zantes, *prescrição é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação*. Serve à segurança e à paz públicas, para limite temporal à eficácia das pretensões e das ações. A perda ou destruição das provas exporia os que desde muito se sentem seguros, em paz, e confiantes no mundo jurídico, a verem levantarem-se – contra o seu direito, ou contra o que têm por seu direito – pretensões ou ações ignoradas ou tidas por ilevantáveis. O fundamento da prescrição *é proteger o que não é devedor* e pode não mais ter prova da inexistência da dívida; e não proteger o que era devedor e confiou na inexistência da dívida, tal como juridicamente ela aparecia; nem o que transparecia das Ordenações Filipinas (Livro IV, Título 79, *pr.*, *verbis* “por a negligência, que a parte teve, de não demandar em tanto tempo sua coisa, ou dívida, havemos por bem, que seja prescrita a ação, que tinha para demandar”). Tal fundamento espúrio, de penalidade, viera das Ordenações Manuelinas (Livro IV, Título 80, *pr.*); pois não no tinha o direito anterior a elas (Lei de 6 de janeiro de 1339; cf. Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 108, § 3). É interessante observar-se que ainda A. VON TUHR (*Der Allgemeine Teil*, III, 507) empregou o falso fundamento aludindo à negligência do titular na atenção dos seus direitos.¹¹

A noção de prescrição como consequência de inércia do titular da pretensão (quando cabível, pois há casos de imprescritibilidade) pode-se considerar universal. Na França, por exemplo, GRIFFON-YARZA esclarece:

A As penas prescritíveis

192 Somente as penas suscetíveis de execução forçada, pelo acionamento de meios legais de coerção, são atingidas pela prescrição. Porque a prescrição da pena se analisa como uma sanção da inércia da autoridade pública encarregada da execução das condenações, são somente prescritíveis as penas

11 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo VI: exceções, direitos mutilados, exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções. Atual. por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, § 662, p. 135. Destaque no original.

suscetíveis de um ato de execução forçada, material e positivo, sobre a pessoa do condenado ou sobre seus bens, não as penas que produzam suas consequências pelo só fato de sua prolação. [...]¹²

À luz do entendimento atual do STF, a pretensão punitiva não é ainda **exigível** antes do trânsito em julgado para ambas as partes, de modo que ainda não nasceu para o Ministério Público a possibilidade de exercer a pretensão. Sem exigibilidade da pretensão, em face do entendimento do próprio Supremo Tribunal, não há como correr prazo de prescrição.

Como consequência, o Estado, a sociedade e, em particular, as vítimas são punidos com perda do poder de executar a sentença, a despeito de não ter havido inércia nem inoperância por parte do órgão estatal competente para provocar o Estado-juiz. Fluência de prazo prescricional enquanto o Estado, por meio do Ministério Público, permanece manietado, sem poder executar a decisão condenatória, praticamente assegura, em incontáveis casos, impunidade de condenados. Pior ainda: essa interpretação estimula manobras procrastinatórias de advogados, que amiúde interpõem recursos sem fim e sem conteúdo, unicamente com o desiderato

12 GRIFFON-YARZA, Laurent. *Guide de l'exécution des peines*. Paris: LexisNexis, 2015. p. 63. Destaque no original. No original:

“A Les peines prescriptibles

192 Seules les peines susceptibles d'une exécution forcée, par la mise en œuvre des moyens de coercition légale, sont concernées par la prescription. Puisque la prescription de la peine s'analyse comme une sanction de la carence de l'autorité publique chargée de l'exécution des condamnations, sont seules prescriptibles les peines susceptibles d'un acte d'exécution forcée, matériel et positif, sur la personne du condamné ou sur ses biens, et non les peines qui produisent leurs conséquences du seul fait de leur prononcé. [...]”.

de impedir de maneira artificial o trânsito em julgado e atrasar julgamento definitivo.

Indiscutivelmente, o caso exige ponderação de valores, porquanto aplicação desarrazoada da norma sob exame tem por efeito severa deficiência na prestação jurisdicional estatal em matéria criminal. Se, por um lado, deve haver firme defesa do devido processo legal e do *status libertatis* dos cidadãos, por outro não parece aceitável admitir extensão infinita e míope do direito a ampla defesa nem se pode esquecer do princípio constitucional da duração razoável dos processos, que deve ser eficaz não apenas em relação aos indivíduos, mas também em prol da sociedade e das vítimas de delito.

Tampouco se pode desconsiderar o princípio da proporcionalidade, cuja dimensão negativa é tradicionalmente empregada para refrear medidas excessivas do Estado que interfiram no exercício de direitos fundamentais. Contudo, a doutrina e a jurisprudência contemporâneas vêm explorando outra faceta dele, ligada à vedação de proteção deficiente a bens jurídicos constitucionalmente tutelados.

Diante do reconhecimento de que o Estado tem não apenas o dever de não violar bens jurídicos de índole constitucional, mas igualmente o de protegê-los e promovê-los, a doutrina vem assentando que a violação à proporcionalidade não ocorre apenas no excesso na ação estatal, mas também quando ela se apresenta

gravemente insuficiente.¹³ O Supremo Tribunal Federal já empregou essa categoria em algumas decisões, como quando rechaçou a extensão à união estável da aplicação do dispositivo do Código Penal (hoje revogado) que previa extinção de punibilidade do crime do estupro sempre que o autor se casasse com a vítima. De acordo com o Ministro GILMAR MENDES:

Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição da proteção insuficiente adquire importância na aplicação de direitos fundamentais de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção do direito fundamental.¹⁴

A interpretação atual causa lesão intransponível para o direito estatal de sancionar o cometimento de infrações penais, o chamado *jus puniendi*, cuja titularidade de provocação a Constituição expressamente atribuiu ao Ministério Público (art. 129, I).¹⁵ Ademais, a própria lei fundamental constitucionalizou a tensão entre o direito de punir e os direitos fundamentais dos cidadãos – ao pre-

13 Cf. BOROWSKI, Martín. *Las estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, p. 162-166; SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e deficiência. In: *Revista brasileira de Ciências Criminais*, v. 47, 2004, p. 60-122; STRECK, Lênio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição do excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). In: *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 80, 2004, p. 303-345.

14 STF. Plenário. RE 418.376/MS. Redator para acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA. *DJ*, 23 mar. 2007.

15 “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...]”.

ver, por exemplo, que ninguém será punido sem o devido processo legal (art. 5º, LIV) e que a tipificação de delitos se submete a legalidade estrita –,¹⁶ ao mesmo tempo em que estabeleceu certos mandados constitucionais de criminalização, como os relativos à tipificação do racismo, da tortura e da ação de grupos armados contra o Estado democrático.¹⁷ Adotar interpretação de dispositivo infraconstitucional que gere ineficácia severa (muitas vezes completa e incontornável) do sistema de persecução penal caracteriza inconstitucionalidade, por ensejar proteção jurídica deficiente desse mesmo *jus puniendi*.

Bem assinalou o Subprocurador-Geral da República ODIM BRANDÃO FERREIRA, em outro processo, que pode causar invalidade da norma a noção de que “os direitos fundamentais encerram não apenas deveres estatais de abstenção, mas também de ação em prol daquelas garantias constitucionais. Invocando a experiência comparada, o julgado básico do Supremo Tribunal Federal a esse respeito nota que ‘do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no

16 “[...] XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; [...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...]”.

17 “[...] XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; [...]”.

âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por terceiros’.”¹⁸ Da ementa do julgado nesse *habeas corpus*, extrai-se trecho relevante acerca do dever estatal de proteção de bens jurídicos particularmente importantes:

[...] Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. **1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade:** Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade

18 STF. Segunda Turma. HC 104.410/RS. Rel.: Min. GILMAR MENDES. 6/3/2012, un. *DJe* 62, 27 mar. 2012.

legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. [...]¹⁹

Novamente vale considerar ponderações de ODIM BRANDÃO FERREIRA,²⁰ segundo quem, antes mesmo da consagração jurisprudencial do conceito de proibição do déficit de proteção a direitos fundamentais, a doutrina já trabalhava no estabelecimento de padrões pelos quais se poderia aferir a licitude da insuficiência legislativa no cuidado dos direitos fundamentais. Especialmente no campo do direito público, a tarefa de proteção do legislador consiste na edição de leis que ponham, nas mãos do Executivo,²¹ mas também do Ministério Público²² e do Judiciário,²³ instrumentos para que possam contrapor-se ao agressor de direito fundamental. Já em 1985, MURSWIEK notou, quanto ao dever de estruturação estatal para defesa de direitos fundamentais, a necessidade de que os órgãos a isso dedicados e a legislação correspondente permitam tutela efetiva deles:

O Estado de direito é, portanto, obrigado a instituir tribunais que atendam aos padrões do Estado de direito e que decidam os conflitos entre os cidadãos. [...]. A obrigação de garantia da proteção jurídica e da execução das decisões judiciais é estrita. O Estado é, assim, obrigado a criar os tribunais, como instituição, e uma instituição de execução for-

19 *Idem*. Destaque no original.

20 Cf. petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade 5.137/AL.

21 DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992, p. 113.

22 SZCZEKALLA, Peter. *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002, p. 198.

23 *Idem*, *ibidem*.

çada, assim como a editar as regras jurídicas necessárias ao funcionamento efetivo de ambas.²⁴

LARS PETER STÖRRING define: “a proibição de proteção deficiente é ofendida, quando a omissão do legislador for insustentável. Este é o caso, quando o interesse a ser protegido preponderar consideravelmente sobre os motivos da omissão estatal ou quando a ponderação realizada repousar sobre pressupostos e prognósticos claramente defeituosos”.²⁵ O autor esclarece: “a proteção não precisa ser totalmente insuficiente ou claramente inadequada, mas o déficit de proteção deve apenas ser claramente reconhecível”.²⁶

A experiência mostra que a sistemática atual adotada por grande parte do Judiciário gera grave problema de efetividade, oriundo do entendimento incoerente que admite início do fluxo prescricional antes de o titular do direito poder exercê-lo.

24 MURSWIEK, Dietrich. *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985, p. 112: “Der Rechtsstaat ist also verpflichtet den rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechende Gericht einzurichten, welche die Konflikte unter Bürgern verbindlich entscheiden. [...] Die Verpflichtung zur Gewährung von Rechtsschutz und zur Vollstreckung der gerichtlichen Entscheidungen ist strikt. Der Staat ist also verpflichtet, die Gerichte als Institutionen sowie eine Institution der Zwangsvollstreckung zu schaffen und die effektiven Funktionieren dieser Institutionen erforderlichen rechtlichen Regelungen zu erlassen”.

25 STÖRRING, Lars Peter. *Das Untermaßverbot in der Diskussion*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009, p. 223: “Das Untermaßverbot ist demnach verletzt, wenn das Unterlassen des Gesetzgebers unvertretbar ist. Das ist der Fall, wenn die Schutzbelange die Gründe für das staatliche Unterlassen erheblich überwiegen oder die vorgenommene Abwägung auf klar erkennbar fehlerhaften Annahmen und Prognosen beruht”.

26 *Idem, ibidem*: “Der Schutz muß demnach nicht völlig unzulänglich oder offensichtlich ungeeignet, sondern das Schutzdefizit muß nur klar erkennbar sein”.

À luz do princípio da proporcionalidade, fluência do prazo prescricional da pretensão executória pressupõe exequibilidade do título executivo; do contrário, punir-se-ia o Estado por inexistente negligência no exercício do poder punitivo, quando, na verdade, ele não poderia agir, de acordo com a interpretação da própria Suprema Corte. Em consequência, haveria – como há, em incontáveis processos criminais – lesão profunda à eficácia do *jus puniendi* e ao direito da sociedade à segurança. Em outras palavras, caracteriza-se proteção gravemente deficiente desses direitos, pela extinção de punibilidade decorrente do entendimento atual do art. 112, I, da lei penal.

Não se deve desconsiderar que “a segurança é um dos direitos humanos e o Estado tem o dever de prestá-la com a máxima eficiência, o que permite concluir que seja devido, no mínimo, evitar todos os esforços para tentar evitar a prescrição, com vistas a propiciar uma adequada resposta judicial àqueles que praticaram infrações penais, garantindo, portanto, os direitos humanos das vítimas.”²⁷

Infelizmente, no Brasil, o sistema de justiça criminal não costuma dar à vítima proteção e consideração adequadas. É direito da vítima e da sociedade ver reconhecida a culpa do agente pela infração, e cabe ao Estado o empenho em concretizá-lo, mediante medidas que incluam mecanismos para evitar prescrição.

27 SANTOS, Christiano Jorge. *Prescrição e imprescritibilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 25.

A Assembleia Geral das Nações Unidas, com a Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985, declarou os princípios básicos de justiça relativos a vítimas da criminalidade e de abuso de poder. Dela importa destacar trecho relevante ao entendimento do tema:²⁸

A Assembléia Geral,

Lembrando que o Sexto Congresso sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes recomendou que a Organização das Nações Unidas prosseguisse o seu atual trabalho de elaboração de princípios orientadores e de normas relativas ao abuso de poder econômico e político 56,

Consciente de que milhões de pessoas em todo o mundo sofreram prejuízos em consequência de crimes e de outros atos representando um abuso de poder e que os direitos destas vítimas não foram devidamente reconhecidos,

Consciente de que as vítimas da criminalidade e as vítimas de abuso de poder e, freqüentemente, também as respectivas famílias, testemunhas e outras pessoas que acorrem em seu auxílio sofrem injustamente perdas, danos ou prejuízos e que podem, além disso, ser submetidas a provações suplementares quando colaboram na perseguição dos delinquentes,

1. Afirma a necessidade de adoção, a nível nacional e internacional, de medidas que visem garantir o reconhecimento universal e eficaz dos direitos das vítimas da criminalidade e de abuso de poder;

[...]

4. Solicita aos Estados membros que tomem as medidas necessárias para tornar efetivas as disposições da Declaração e que, a fim de reduzir a vitimização, a que se faz referência daqui em diante, se empenhem em:

²⁸ Disponível em < <http://zip.net/bqrP0m> > ou < http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/tortura/Dec_pincipios_basicos.pdf >; acesso em 12 ago. 2015. Neste ponto, usaram-se considerações da Subprocuradora-Geral da República MÔNICA NICIDA GARCIA no agravo em recurso especial 573.411/PA (2014/0223661-1), em curso no Superior Tribunal de Justiça.

[...]

d) Estabelecer e reforçar **os meios necessários à investigação, à prossecução e à condenação dos culpados** da prática de crimes;

[...]

6. A capacidade do aparelho judiciário e administrativo para responder às necessidades das vítimas deve ser melhorada:

[...]

e) **Evitando demoras desnecessárias na resolução das causas e na execução das decisões ou sentenças que concedam indenização às vítimas.**

Nessa perspectiva, não é aceitável interpretação conducente à desconsideração, por proteção severamente deficiente, do direito à segurança e dos direitos das vítimas de crime, mediante admissibilidade de início de prazo prescricional cujo titular não o pode exercer.

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça tem decidido, reiteradamente, que a prescrição da pretensão executória somente começa a fluir com trânsito em julgado para ambas as partes:

HABEAS CORPUS. FURTO PRIVILEGIADO. PRESCRIÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDENAÇÃO À PENA DE MULTA. PACIENTE MENOR DE 21 ([...]) ANOS NA DATA DO CRIME. PRAZO PRESCRICIONAL REDUZIDO. TRÂNSITO EM JULGADO SOMENTE PARA A ACUSAÇÃO. AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO PARA O ESTADO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Para que se reconheça a prescrição da pretensão executória da condenação é necessária formação de um título judi-

cial definitivo, apto a autorizar o início do cumprimento da pena, que somente ocorre com o trânsito em julgado para ambas as partes.

2. Transcorrido o prazo superior a 1 (um) ano entre a data de publicação da sentença e o trânsito em julgado da condenação para o Ministério Público, sem que houvesse o trânsito em julgado para a defesa, não se pode falar, ainda, em prescrição da pretensão executória.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, afastando a prescrição da pretensão executória da condenação, reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do Estado.²⁹

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA AMBAS AS PARTES. LAPSO TEMPORAL NÃO VERIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. O termo inicial da contagem do prazo prescricional da pretensão executória é o trânsito em julgado para ambas as partes, porquanto somente neste momento é que surge o título penal passível de ser executado pelo Estado. Desta forma, não há como se falar em início da prescrição a partir da evasão do acusado ainda no curso da ação penal, tendo em vista a impossibilidade de se dar início à execução da pena, já que ainda não haveria uma condenação definitiva, em respeito ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

2. Na hipótese, certificado o trânsito em julgado para ambas as partes aos 30.4.2007, não houve o transcurso do lapso prescricional aplicável à espécie – 12 ([...]) anos, nos termos do artigo 109, inciso III, do Código Penal –, o que impede a declaração da aludida causa de extinção da punibilidade.

3. Ordem denegada.³⁰

29 Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. HC 175.463/SP. Rel.: Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE. 27/3/2012, unânime. *DJe*, 9 maio 2012.

30 STJ. 5ª T. HC 217.783/MG. Rel.: Min. JORGE MUSSI. 28/2/2012, un. *DJe*, 7 mar. 2012.

Também a 1ª Turma do próprio Supremo Tribunal Federal admitiu, recentemente, que o julgamento do Plenário no HC 84.078/MG exige releitura do termo inicial da prescrição da pretensão executória previsto no art. 112, I, do CP. Eis excerto do correto voto do relator, Ministro ROBERTO BARROSO:

6. A extinção da pretensão executória pelo decurso do prazo prescricional pressupõe a inércia estatal quando já é possível sua atuação. A execução do título penal condenatório, por seu turno, só é possível após o trânsito em julgado. É certo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admitia a execução provisória da pena. Era consentâneo com este entendimento a compreensão de que o termo inicial da prescrição da pretensão executória era o trânsito em julgado para a acusação.

7. Ocorre que, após o julgamento pelo Plenário desta Corte do HC n. 84.078, passou-se a não mais admitir a execução provisória da pena na pendência do recurso extraordinário e, com maior razão, do recurso de apelação. Assim, melhor analisando a questão, penso que o princípio da presunção de inocência, tal como atualmente interpretado pelo Tribunal, deve repercutir no marco inicial da contagem da prescrição, originariamente regulado pelo art. 112, inc. I, do Código Penal. Do contrário, estar-se-ia punindo o estado pela inação quando não poderia agir, ou seja, a prescrição somente se aplica em caso de não ser exercida a tempo a pretensão executória estatal. Nessa linha, há precedente desta Primeira Turma à unanimidade (Presidência do Ministro DIAS TOFFOLI e presentes à sessão os Ministros MARCO AURÉLIO, LUIZ FUX e ROSA WEBER):

E M E N T A: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SÚMULA 699/STF. AGRAVO INTEMPESTIVO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. INOCORRÊNCIA. 1. O prazo para a interposição de agravo contra decisão denegatória de seguimento de recurso extraordinário em matéria criminal é de cinco dias (Súmula 699/STF). 2. Manejado

o agravo após o quinquídio legal, consideradas as datas de publicação do juízo negativo de admissibilidade do recurso extraordinário e do protocolo da petição respectiva, manifesta sua intempestividade. 3. Não ocorre a prescrição da pretensão punitiva estatal nos casos em que o trânsito em julgado da condenação se consuma em data anterior ao manejo de recurso intempestivo. Recurso a destempo não previne o trânsito em julgado. 4. A pretensão executória surge somente com trânsito em julgado da condenação criminal, conforme precedente do Plenário desta Suprema Corte no HC 84.078 (Rel. Min. EROS GRAU, Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria, j. 05.02.2009), não se iniciando o prazo prescricional respectivo antes deste termo, consoante princípio da *actio nata*. 5. Agravo regimental conhecido e não provido. (ARE 682013 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 11/12/2012, acórdão eletrônico DJe-025 Divulg 05-02-2013 Public 06-02- 2013)

8. Portanto, a norma prevista no art. 112, inc. I, do Código Penal, em face do princípio da presunção de inocência, teve o seu sentido esvaziado. [...] ³¹

No julgamento do HC 81.611/DF,³² o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, ao aditar seu voto, teceu valiosas considerações a respeito de causas de suspensão e interrupção da prescrição e deixou claro que, enquanto o Ministério Público, titular da ação penal, não a puder exercer, é incoerente falar em fluxo de prazo prescricional:³³

31 STF, Primeira Turma. HC 107.710/SC. Rel.: Min. ROBERTO BARROSO. 9/6/2015, maioria. DJe, 1º jul. 2015.

32 STF. Plenário. HC 81.611/DF. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. 10/12/2003, maioria. DJ, 13 maio 2005, p. 6. Trecho transcrito nas p. 53-57 do arquivo eletrônico do acórdão.

33 A Procuradoria-Geral da República discorda de relevantes aspectos do julgamento do HC 81.611/DF, no que tange à necessidade de exaurimento do processo administrativo tributário para consumação de crimes fiscais. Esse, contudo, não é o objeto da discussão nestes autos. No que se refere às causas de suspensão da prescrição, abordadas no trecho

De qualquer modo, aos que a tudo antepõem o temor da prescrição, é preciso observar que ele é menor do que, à primeira vista, pode parecer.

Estou em que enquanto dure o processo administrativo fiscal por iniciativa do contribuinte, aceito o decorrente empecilho à instauração do processo penal, a prescrição terá suspenso o seu curso.

No voto condutor do Inq 457-QO, 10.02.93, aduzi a respeito da natureza e da fonte dogmática da suspensão da prescrição:

“5. As causas suspensivas da prescrição são costumeiramente explicadas pelo impedimento que acarretam ao exercício da ação penal, à seqüência do processo ou à execução da pena.

6. O velho CARRARA (*Programma*, 1871, P.gen., § 580), que se opunha à interrupção da prescrição por atos do processo, admitia, porém, a suspensão, “*quando la non esperibilità dell’azione penale derivi del fatto stesso del giudicabile; como si, a modo di esempio, l’accusato opponga la pendenza di una lite civile pregiudiziale ostativa a definire il giudizio penale*”. “*In tale ipotesi*” – concedia – “*sta bene che si sottragga dal tempo que ocorre a prescrivere lo intervallo nel quale la giustizia fu condannata alla inazione per la eccezione del giudicabile, forse maliziosamente architettata a quel fine*”.

7. Além do caso tradicional da pendência de questão prejudicial, diversos ordenamentos penais contemporâneos, dispensando que sejam imputáveis ao réu, erigem em causas suspensivas da prescrição todos os impedimentos à instauração ou ao desenvolvimento do processo.

8. Assim, dispõe o art. 159 do Código italiano que o curso da prescrição permanece suspenso, além da hipótese de “*questione deferita ad altro giudizio*”, nos casos em que se exige a “*autorizzazione a procedere*” e em todos aqueles em que “*la sospensione del procedimento penale è imposta da una particolare disposizione di legge*”.

aqui transcrito, está plenamente correto o raciocínio do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE.

9. “*E ben naturale*”, comenta ANTOLISEI (*Manuale Dir. Penale*, 1963, parte geral, p. 566), “*che, non potendosi iniziare o proseguire il procedimento penale, si apra un parentesi nel corso della prescrizione...*”

10. Entre nós, por isso, RODRIGUES PORTO (*Da Prescrição Penal*, 1957, p. 87) opõe a suspensão da prescrição, que se dá onde “existe impedimento do exercício jurisdicional”, à interrupção, que, ao contrário, “resulta exatamente daquele efetivo exercício”.

11. Certo é, porém, que o art. 116 do nosso Código Penal, desde a versão originária, só considerou causa impeditiva do curso da prescrição da ação penal a pendência, em outro processo de questão prejudicial de que dependa reconhecimento da existência do crime e, enquanto durar, o cumprimento de pena, no estrangeiro, pelo agente.

12. Não obstante, é manifesta a analogia entre a pendência de questão prejudicial em outro processo e o obstáculo ao início ou ao curso do processo penal decorrente da imunidade processual do acusado parlamentar.

13. Por isso, sob a Constituição de 1946, malgrado a existência de preceito constitucional ou legal a respeito, tanto MAXIMILIANO (*Comentários à Constituição Brasileira*, 1948, II/54, § 301), quanto PONTES DE MIRANDA (*Comentários à Constituição de 1946*, 1953, II/247), emprestaram efeito suspensivo da prescrição ao pedido de licença para processar o congressista (curiosamente, aludem ambos os mestres à interrupção da prescrição, mas parece que se referiam à suspensão, tanto que se lê, no texto de PONTES DE MIRANDA (ob. loc. cit), que[,] findas as funções eletivas determinantes da imunidade processual[,] “a prescrição recomeça a correr”...

15. [*Sic*] Dando conta da opinião dos renomados comentadores, já sob os textos constitucionais anteriores, e informando que a solução por eles preconizada estava consagrada pela Constituição da Polônia, RAIMUNDO MACEDO (*Da Extinção da Punibilidade*, 1946, p. 153) a ela se opôs, à falta de texto expresso no ordenamento brasileiro.

16. Ao que parece, a tese de MAXIMILIANO e PONTES, efetivamente, não logrou trânsito na jurisprudência, seja sob o regime de 46, seja, sob a Carta de 69, no período de 1978 a 1982, em que vigorou o restabelecimento da exigência constitucional de licença prévia à instauração do processo contra parlamentares.

17. A EC 22/82 substituiu o regime de licença prévia pelo poder de a Câmara respectiva sustar, a qualquer momento, o processo em curso contra Deputado ou Senador.

18. Na vigência dela – depois de casos em que não se cogitou da questão (v.g. APn 233, de 28.6.79, MUÑOZ, RTJ 96/949 e APn 236, 27.6.79, MUÑOZ, RTJ 96/951) – é que o Supremo Tribunal passou a decidir que a sustação do processo por deliberação parlamentar implicava a suspensão do curso da prescrição, até que findasse o obstáculo da imunidade (v.g., APn 287, 11.6.86, SYDNEY SANCHES, RTJ 119/477; APn 282, 20.8.86, OSCAR CORRÊA, RTJ 119/21; APn 294, 9.3.88, SANCHES, RTJ 125/415).

19. Salvo engano, a significativa virada jurisprudencial se fez sem motivação mais elaborada. Os dois últimos casos referidos limitam-se à invocação de precedentes. E o primeiro deles remete a breve passagem do parecer do il. Subprocurador-Geral CLÁUDIO FONTELES, por mim aprovado, do teor seguinte:

“Decidida pela Câmara a sustação dos processos-crime em curso na Suprema Corte contra o Deputado AMARAL NETTO (...) – os autos hão de permanecer inertes no Supremo Tribunal, até que cessem os efeitos da deliberação legislativa, posto que não tem ela o condão de ensejar a prescrição, cujo curso suspende-se enquanto sus-tado o feito, para que, ulteriormente, nele se pros-siga e definido seja”.”

Tem-se, pois, que – antes que a Constituição explicitasse a solução – a suspensão da prescrição, na hipótese em que a imunidade formal do parlamentar impedisse o processo penal, o Tribunal já extraíra daí a suspensão da prescrição, independente de texto constitucional ou legal que a estipulasse.

Incidentemente, avengei a mesma solução no RE 159230, quando se afirmou a necessidade de autorização da Assembleia Legislativa para a instauração, no STJ, de processo penal contra Governador de Estado, como consignado na ementa – *RTJ* 158/280:

“II – A necessidade da autorização prévia da Assembleia Legislativa não traz o risco, quando negada, de propiciar a impunidade dos delitos dos Governadores: a denegação traduz simples obstáculo temporário ao curso de ação penal, que implica, enquanto durar, a suspensão do fluxo do prazo prescricional.”

Estou em que nada impede que a mesma conclusão se estabeleça, relativamente aos crimes materiais contra a ordem tributária, enquanto a definitividade do lançamento do tributo esteja obstado por iniciativa ou recursos administrativos do contribuinte.

A construção alvitrada apenas não cobre a hipótese do lançamento por homologação, enquanto pender o prazo de sua revisão de ofício: é que, aí, é a inércia da administração tributária que, retardando a definitividade do lançamento, impede a ação penal.

Esse o quadro, reitero o voto proferido na primeira assentada deste julgamento e defiro a ordem para trancar a ação penal: suspenso, por isso, o curso da prescrição, nos termos referidos: é o meu voto.”

O Juiz NELTON DOS SANTOS, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, faz ainda observação em tudo correta: entender que a prescrição começaria a computar-se com o trânsito em julgado da condenação apenas para o Ministério Público implicaria deixar a critério do réu postergar o fim do processo ao máximo. De fato, não é raro que réus recorram à exaustão, com recursos meramente procrastinatórios, sem nenhum conteúdo consistente, com a finalidade exclusiva de levar o processo à inutilidade. Observa ele:

Com efeito, não há como pensar em solução diversa. A livre fluência do prazo prescricional desde a publicação da sentença condenatória de primeiro grau até o trânsito em julgado não tem, *data venia*, o menor sentido lógico, uma vez que colocaria, na mão e na vontade do réu, o inteiro controle da atividade jurisdicional.

Ora, o sucessivo manejo de recursos, até os Tribunais Superiores, impede o trânsito em julgado da condenação, de sorte que, ao alvedrio do réu, a prescrição seria inevitável.

Deveras, a ninguém é dado ignorar o tempo demandado para a tramitação de apelação, de eventuais embargos de declaração, de embargos infringentes, de recursos especial e extraordinário, quase sempre acompanhados de agravos destinados a dar-lhes seguimento, sem falar nos embargos de divergência!

A consagrar-se o entendimento adotado na sentença, aplicada – como no caso – pena de dois anos de privação de liberdade, só não ocorreria prescrição se o réu não o desejasse, porquanto [seria] verdadeiramente impossível que todos os recursos posteriores à publicação da sentença de primeiro grau tramitem no tempo de quatro anos. Isso sem falar na existência de prazo prescricional de dois anos (Código Penal, artigo 109, inciso VI).³⁴

34 O acórdão recebeu a seguinte ementa: “PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ACÓRDÃO QUE CONFIRMA A SENTENÇA CONDENATÓRIA DE PRIMEIRO GRAU. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.

1. Julgada a apelação interposta pelo réu e mantida a condenação exarada em primeira instância, esgota-se a fase em que se cogita da prescrição da pretensão punitiva estatal. Precedente da 2ª Turma do STF: HC 86125/SP, rel. Min. ELLEN GRACIE.

2. A contagem do prazo prescricional desde a publicação da sentença condenatória de primeiro grau e até o trânsito em julgado para a defesa permitiria ao réu, mediante o simples e sucessivo exercício das faculdades recursais, conduzir todo e qualquer feito à extinção da punibilidade. Interpretação que se rejeita.

3. Agravo provido.” Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Segunda Turma. Agravo em execução 250 (processo 0014712-47.2006.4.03.6181). Rel.: Juiz NELTON DOS SANTOS. 24/6/2008, un. DJF3, 3 jul. 2008.

Além disso, não se pode falar em pretensão executória na pendência de recurso de qualquer das partes, uma vez que decisão condenatória sujeita a recurso, segundo o entendimento atual, não pode ser executada. Interposto recurso, é ainda a pretensão punitiva estatal que se exerce. Como salientou a Subprocuradora-Geral da República MÔNICA NICIDA GARCIA, em outro processo, tanto assim é que a lei e a jurisprudência admitem incidência da prescrição retroativa e da superveniente (as quais se calculam com base na pena imposta na condenação), em momento posterior à edição da sentença.

Assim é porque, mesmo após esta, o Estado continua a exercer sua pretensão punitiva e não a executória. Esta, repita-se, na compreensão prevalecente hoje, só se inicia depois de esgotada a instância, vale dizer, após exaurimento de todos os recursos contra a condenação, sejam eles ordinários ou extraordinários, para ambas as partes.

Conclui MÔNICA NICIDA, com razão, não se poder admitir que, no mesmo lapso de tempo, corram a prescrição da pretensão punitiva e a da pretensão executória. Após a condenação, na pendência de recurso de apelação, especial ou extraordinário, continua a correr o prazo da prescrição da pretensão punitiva, nas modalidades retroativa, superveniente e intercorrente. Não cabe, pois, cogitar-se de prescrição de pretensão executória.

Essas acertadas ponderações confirmam o entendimento aqui posto: sem exigibilidade da pretensão não há *actio nata*, não é possí-

vel ajuizar ação viável. Em consequência, não cabe falar em inércia do (futuro) titular da pretensão e não se pode iniciar prazo prescricional. É, portanto, inconstitucional interpretação contrária do dispositivo, por ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, em sua vertente de vedação de proteção deficiente de bens jurídicos relevantes.

III. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, o recurso extraordinário deve ser provido.

Brasília (DF), 17 de agosto de 2015.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República

RJMB/WS/OBF/TVM/2.054/2015

Impresso por: 859.435091-00-ARE 848107
Em: 27/05/2019 17:12:00