

A prescrição e o princípio da legalidade: quando a Suprema Corte legisla

Por Rômulo de Andrade Moreira¹

Resumen: *El 30 de octubre de 2014 se interpuso recurso extraordinario ante el Supremo Tribunal Federal con el objeto de discutir si el cómputo del plazo para la prescripción penal ejecutiva debe comenzar a contarse a partir de la decisión final e inapelable para la acusación o para todas las partes, comenzando a ser discutido en el Recurso Extraordinario 848107, que tuvo repercusión general reconocida por el Pleno Virtual de la Corte (Tema 788).*

Palabras clave: Recurso Extraordinario - Supremo Tribunal Federal - Prescripción Penal - Decisión final - Repercusión General - Tema 788

No dia 30 de outubro de 2014 foi interposto no Supremo Tribunal Federal um recurso extraordinário com o objetivo de discutir se a contagem do prazo para a prescrição da pretensão executória deve começar a correr a partir do trânsito em julgado para a acusação ou para todas as

partes, passando o tema a ser debatido no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 848107, que teve repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual da Corte (Tema 788).

O recurso extraordinário foi ajuizado na Corte pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios para questionar acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, proferido em 29 de novembro de 2013, que reconheceu como marco inicial da contagem do prazo o trânsito em julgado para a acusação, com base no que prevê o artigo 112, inciso I, do Código Penal.

Nas razões recursais, o Ministério Público defendia que, com base na presunção da inocência, seria impossível a execução da sentença penal condenatória antes do seu definitivo trânsito em julgado, por respeito aos princípios constitucionais previstos no artigo 5º, II e LVII, da Constituição Federal.

Naquela oportunidade, reconhecendo a repercussão geral na matéria, o relator do caso, Ministro Dias Toffoli, admitiu que a questão não estava pacificada na Suprema Corte, existindo precedentes em ambos os sentidos: em alguns casos se reconheceu que o prazo leva em conta o trânsito em julgado para a acusação, e em outros se considerou como marco inicial do trânsito em julgado definitivo, para todas as partes.

Segundo ele, “o tema apresenta densidade constitucional elevada e extrapola o interesse subjetivo das partes, dada a sua relevância, não se podendo olvidar também a inegável oportunidade e conveniência para se consolidar a orientação desta Suprema Corte a esse respeito.”

A decisão do Plenário Virtual que reconheceu a existência de repercussão geral do tema foi unânime.

¹ Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador – UNIFACS.

Apenas no dia 24 de março de 2022, o Plenário começou a julgar o mérito do recurso. Após ser lido o relatório, representantes das Defensorias Públicas da União e do Estado do Rio de Janeiro (que atuam como *amici curiae*) e do Distrito Federal e Territórios (que defende o réu no caso concreto) manifestaram-se pelo desprovimento do recurso, que não seria a via adequada para analisar a aplicação dessa regra. Segundo eles, a alteração deve ser feita pelo Poder Legislativo, que teve diversas oportunidades para promovê-la, mas não o fez.

Invocaram, outrossim, o princípio da legalidade estrita em matéria penal e também observaram que o artigo 112 do Código Penal está no ordenamento jurídico desde 1984, isto é, há 38 anos, período que antecede a instituição do princípio da presunção de inocência pela Constituição Federal de 1988.

Na mesma oportunidade, o Procurador-Geral da República divergiu das defensorias públicas, afirmando que *“a interpretação do dispositivo do Código Penal deve consagrar o princípio da presunção de inocência, para fixar como termo inicial da contagem do prazo prescricional da pretensão executória do Estado a data do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para ambas as partes.”*

Segundo o Ministério Público, *“a aplicação literal do dispositivo penal atinge as vítimas da criminalidade e toda a sociedade brasileira, e uma das consequências mais gravosas talvez seja a impunidade, porque o indivíduo já respondeu a um processo, foi condenado e, ainda assim, não cumprirá a pena em razão da demora no sistema, gerando uma injustiça para a vítima e seus familiares.”*

O julgamento apenas foi retomado na sessão virtual encerrada em 30 de junho de 2023, decidindo-se, por maioria de votos, *“que o prazo de prescrição para o Estado executar*

a pena começa a ser contado a partir da condenação definitiva (trânsito em julgado) para a acusação e a defesa.”

Em seu voto, o relator lembrou que, em 2020, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, o Plenário consolidou o entendimento de que o trânsito em julgado para ambas as partes é condição para a execução da pena, em razão da prevalência do princípio da presunção de inocência. Assim, para ele, *“a expressão ‘para a acusação’, contida no inciso I do artigo 112 do Código Penal, é incompatível com a Constituição Federal, e o dispositivo deve ser interpretado em harmonia com o atual entendimento do STF.”*

Assim, a tese de repercussão geral fixada foi a seguinte: *“O prazo para a prescrição da execução da pena concretamente aplicada somente começa a correr do dia em que a sentença condenatória transita em julgado para ambas as partes, momento em que nasce para o Estado a pretensão executória da pena, conforme interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal) nas ADC 43, 44 e 54.”*

Ademais, nos termos da proposta do relator, o colegiado determinou que a tese não se aplica aos casos em que a prescrição da pretensão executória já tenha sido reconhecida: *“nas hipóteses em que a prescrição ainda não tenha sido analisada, o tema não se aplica aos processos com trânsito em julgado para a acusação ocorrido até 11/11/2020 (data do julgamento das ADCs) e se aplica àqueles com trânsito em julgado para a acusação ocorrido após aquela data.”*

No caso concreto, a Corte negou provimento ao recurso, por se enquadrar nos termos da modulação, ficando parcialmente vencido o Ministro Alexandre de Moraes, que ressaltou da aplicação da tese apenas as decisões com trânsito em

julgado e, no caso concreto, dava provimento ao recurso.

Pois bem.

Como se sabe, o artigo 112, I, do Código Penal estabelece que o curso do prazo prescricional começa a contar a partir do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação, não havendo, portanto, margem para quaisquer dúvidas (que ensejasse, por sua vez, alguma interpretação mais ampla), sendo claro que o termo inicial para a contagem do prazo da prescrição da pretensão executória da pena deve ser o do trânsito em julgado da sentença condenatória para o Ministério Público, para o querelante e para o assistente, contando-se, inclusive, o dia do começo (artigo 10 do Código Penal).

Dizer o contrário é fazer *tabula rasa* do princípio da legalidade, “*princípio básico do direito penal democrático*”, como assim o define Bacigalupo. Para este autor, “*o Código Penal não deve ser considerado a magna charta do delinquente, mas, ao contrário, a magna charta do cidadão.*”

Ainda segundo Bacigalupo, “*se o princípio da legalidade protege o cidadão, será um bem necessário (e não um mal necessário), pois protegerá o débil frente ao poderoso (o Estado), e a limitação de seus alcances não deveria contar com a compreensão dos cidadãos.*”²

Palazzo, após lembrar que o princípio da legalidade formal está presente em todas as Constituições liberal-democráticas dos países de *civil law*, afirma que ele “*é uma das mais típicas expressões, juntamente com o princípio de culpabilidade, do superior Rechtsstaatsprinzip (Estado de Direito), nos seus três corolários: da*

reserva legal, do princípio de taxatividade-determinação e da irretroatividade”, sendo “*não apenas a roupagem exterior normativa que o princípio assume na Constituição, mas, por igual, a expressividade de um ou de outro desses três corolários, a propósito dos quais os diversos ordenamentos revelam uma diferente sensibilidade.*”³

Também Zaffaroni, enfrentando a mesma questão, e após dizer que a única fonte de conhecimento do direito penal é a lei penal (usando ele a expressão “fonte” em sentido estrito), observa que esta afirmação “*implica o enunciado do princípio da legalidade, do qual, como consequência indubitosa, derivam-se os princípios da irretroatividade da lei penal incriminatória ou mais gravosa e a proscrição da integração analógica da lei penal.*”⁴

Portanto, não se poderia, sob pena de alteração legislativa indevida e que transborda os limites da interpretação da lei penal, reescrever o referido artigo 112, I do Código Penal.

Ademais, utilizar-se do princípio da presunção de inocência em prejuízo do direito constitucional à prescrição – contra o réu, portanto – tampouco é admissível, afinal, conforme Miguel Pardo, “*a constitucionalização do direito à presunção de inocência não é a mera enunciação formal de um princípio até então não explicitado.*”

Para ele, “*as consequências mais importantes dessa constitucionalização são as seguintes: 1^a) O caráter normativo da Constituição afirma que os direitos fundamentais, entre eles o da presunção de inocência, sejam de aplicação direta e imediata,*

²BACIGALUPO, Enrique. Principios Constitucionales de Derecho Penal. Buenos Aires: Editorial Hamurabi, 1999, p. 46.

³ PALAZZO, Francesco. Valores Constitucionais e Direito Penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Editor, 1989, p. 43 (tradução para o português de Gérson Pereira dos Santos).

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal – Parte General – Volume I, Buenos Aires: EDIAR, 1987, p. 131.

vinculantes em relação a todos os poderes públicos; 2º.) O direito à presunção de inocência deve ser interpretado em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e com os tratados e acordos internacionais; 3º.) Enquanto direito fundamental, a presunção de inocência deve ser tutelada pelos juízes e tribunais integrantes do Poder Judiciário; 4º.) Seu conteúdo não é disponível pelo legislador, que deve respeitá-lo em todo caso; 5º.) A presunção de inocência é um elemento essencial para a interpretação de todas as normas que compõem o ordenamento jurídico.”⁵

Ainda sobre a garantia da presunção de inocência, importante a lição de Nardiello, segundo a qual tal princípio “*impede categoricamente considerar um sujeito sem condenação como culpado, até que os órgãos judiciais do Estado demonstrem a verossimilhança do fato imputado e sua consequente sentença final assim o declare.*”⁶

A propósito, indispensável citar Ferrajoli, para quem a presunção de inocência é um “*princípio fundamental de civilidade e fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, inclusive a custo da impunidade de algum culpado.*” Para o jurista italiano, “*a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se preferir, de defesa social: dessa ‘segurança’ específica oferecida pelo estado de direito e que se expressa na confiança dos cidadãos na justiça; e dessa específica ‘defesa’ que se oferece a estes frente ao arbítrio punitivo.*”⁷

⁵ PARDO, Miguel Angel Montañes. La Presunción de Inocencia – Análisis Doctrinal y Jurisprudencial. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1999, p. 35.

⁶ NARDIELLO, Gabriel. La Prisión Procesal. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2007, p. 37.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 549. Apesar de remontar ao direito romano, como anota Ferrajoli, “o princípio da presunção de inocência, até prova em contrário, foi obscurecido,

Entre nós, refere-se a obra de Maurício Zanoide de Moraes, especialmente quando afirma que a presunção de inocência, “*por ser um direito fundamental, dita (ou deveria ditar) a forma de analisar os fatos e interpretar/aplicar as leis. Em sentido inverso, sua efetivação depende do Judiciário na medida em que não será uma realidade para o cidadão se não for aplicada por ele nos casos concretos.*”⁸

Portanto, e para finalizar, nos estritos termos da lei penal (cuja interpretação deve ser a mais benéfica para os acusados em geral) não é possível interpretar o artigo 112, I do Código Penal de maneira mais gravosa para supostos autores de uma infração penal, especialmente em razão, dentre outros, do princípio do *favor libertatis*, assim explicitado por Giuseppe Bettiol:

“Numa determinada óptica, o princípio do favor rei é o princípio base de toda a legislação processual penal de um Estado inspirado, na sua vida política e no seu ordenamento jurídico, por um critério superior de liberdade. Não há, efetivamente, Estado autenticamente livre e democrático em que tal princípio não encontre acolhimento. É uma constante das articulações jurídicas de semelhante Estado, um empenho no reconhecimento da

quando não simplesmente invertido, pelas práticas inquisitivas desenvolvidas na Baixa Idade Média, bastando recordar que no processo penal medieval a insuficiência da prova, quando deixava subsistente uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa e a semicondenação a uma pena leve. Apenas no início da Idade Moderna o princípio da presunção de inocência foi reafirmado com firmeza.” (obra citada, p. 550). Na doutrina brasileira, reputa-se indispensável a leitura da obra de Maurício Zanoide de Moraes: Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010.

⁸ MORAES, Maurício Zanoide. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010, p. 364.

liberdade e autonomia da pessoa humana. No conflito entre o jus puniendi do Estado por um lado e o jus libertatis do arguido por outro, a balança deve inclinar-se a favor deste último se se quer assistir ao triunfo da liberdade.”⁹

Portanto, onde se lê “do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação”, não se pode inferir que o dispositivo penal autorize e amplie o início do prazo prescricional para o trânsito em julgado para a acusação e para a defesa, em razão de “*ser necessário interpretar restritivamente todas as normas que tenham por fim restringir a liberdade ambulatorial de uma pessoa determinada.*”¹⁰

⁹ BETTIOL, Giuseppe. Instituições de Direito e Processo Penal. Coimbra: Editora LDA, 1974, p. 295 (Tradução para o português de Manuel da Costa Andrade).

¹⁰ NARDIELLO, Gabriel. La Prisión Procesal. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2007, p. 40.