

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

HENRIQUE CARLESSO

**O TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA: UMA  
ABORDAGEM A PARTIR DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

FLORIANÓPOLIS

2021

Henrique Carlesso

O TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA: UMA  
ABORDAGEM A PARTIR DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação  
em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da  
Universidade Federal de Santa Catarina como  
requisito para a obtenção do título de Bacharel  
em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Macedo de  
Souza.

Florianópolis

2021

## FOLHA FICHA CATALOGRÁFICA

CARLESSO, Henrique. O termo inicial da prescrição da pretensão executória: uma abordagem a partir da atuação do Supremo Tribunal Federal/ Henrique Carlesso; orientador, Dr. Cláudio Macedo de Souza, 2021. 105 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2021. Inclui referências.

1. Prescrição Penal. 2. Supremo Tribunal Federal. 3. Hermenêutica Jurídica. 4. Hermenêutica Constitucional I. Souza, Cláudio Macedo de. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. O termo inicial da prescrição da pretensão executória: uma abordagem a partir da atuação do Supremo Tribunal Federal.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

ATA DE SESSÃO DE DEFESA DE TCC (VIRTUAL)

(Autorizada pela Portaria 002/2020/PROGRAD)

Aos **14** dias do mês de **maio** do ano de 2021, às **10** horas e **30** minutos, foi realizada a defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), no modo virtual, através do link: “meet.google.com/yoq-qzzz-qdx” intitulado “**O TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Henrique Carlesso**, matrícula **16105198**, composta pelos membros **Cláudio Macedo de Souza**, **Epaminondas José Messias**, **Bruno Carminati Cimolin** e **Deivid Willian dos Prazeres**, abaixo assinados, obteve a aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Aprovação Integral

Aprovação Condicionada aos seguintes reparos, sob fiscalização do Prof. Orientador.

Florianópolis, **14 de maio de 2021.**



Documento assinado digitalmente  
Cláudio Macedo de Souza  
Data: 14/05/2021 17:20:40-0300  
CPF: 608.565.726-91  
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

---

**Cláudio Macedo de Souza (ASSINATURA DIGITAL)**  
Professor Orientador



Documento assinado digitalmente  
Epaminondas Jose Messias  
Data: 14/05/2021 18:52:01-0300  
CPF: 411.371.751-68  
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

---

**Epaminondas José Messias (ASSINATURA DIGITAL)**  
Membro de Banca



Documento assinado digitalmente  
Bruno Carminati Cimolin  
Data: 14/05/2021 17:36:56-0300  
CPF: 069.396.969-54  
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

---

**Bruno Carminati Cimolin (ASSINATURA DIGITAL)**  
Membro de Banca

**DEIVID WILLIAN  
DOS PRAZERES**

Assinado de forma digital por DEIVID WILLIAN DOS PRAZERES  
DN: c=BR, o=ICP-Brasil, ou=AC OAB, ou=80672587000114,  
ou=Assinatura Tipo A3, ou=ADVOGADO, cn=DEIVID WILLIAN DOS  
PRAZERES  
Dados: 2021.05.18 16:50:54 -03'00'

---

**Deivid Willian dos Prazeres (ASSINATURA DIGITAL)**  
Membro de Banca

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**O TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) “**Henrique Carlesso**”, defendido em **14/05/2021** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 14 de maio de 2021



Documento assinado digitalmente  
Claudio Macedo de Souza  
Data: 14/05/2021 17:19:40-0300  
CPF: 608.565.726-91  
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

---

**Cláudio Macedo de Souza**  
Professor Orientador



Documento assinado digitalmente  
Epaminondas Jose Messias  
Data: 14/05/2021 19:02:25-0300  
CPF: 411.371.751-68  
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

---

**Epaminondas José Messias**  
Membro de Banca



Documento assinado digitalmente  
Bruno Carminati Cimolin  
Data: 14/05/2021 17:35:39-0300  
CPF: 069.396.969-54  
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

---

**Bruno Carminati Cimolin**  
Membro de Banca

**DEIVID WILLIAN  
DOS PRAZERES**

Assinado de forma digital por DEIVID WILLIAN DOS PRAZERES  
DN: c=BR, o=ICP-Brasil, ou=AC OAB, ou=80672587000114, ou=Assinatura Tipo A3, ou=ADVOGADO, cn=DEIVID WILLIAN DOS PRAZERES  
Dados: 2021.05.18 16:51:33 -03'00'

---

**Deivid Willian dos Prazeres**  
Membro de Banca

## TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: Henrique Carlesso

RG: 5.585.597

CPF: 082.326.639-79

Matrícula: 16105198

Título do TCC: O termo inicial da prescrição da pretensão executória: uma abordagem a partir da atuação do Supremo Tribunal Federal.

Orientador: Prof. Dr. Cláudio Macedo de Souza

Eu, Henrique Carlesso, acima qualificado, venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis-SC, 14 de maio de 2021.



Documento assinado digitalmente

Henrique Carlesso

Data: 20/05/2021 09:32:14-0300

CPF: 082.326.639-79

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

---

Henrique Carlesso

*Nenhuma emoção é, em si mesma, um juízo; nesse sentido, todas as emoções e sentimentos são alógicas, mas podem ser racionais ou irracionais quando se conformam ou deixam de se conformar à razão. (C.S. Lewis).*

## AGRADECIMENTOS

À minha mãe, fonte de sensibilidade, e ao meu pai, exemplo de perseverança, pelos sacrifícios constantes e ensinamentos preciosos.

Aos meus tios Ervino de Oliveira e Armi Helena Carlesso de Oliveira, por me concederem um segundo lar em Florianópolis.

Ao amigo Roberto Vinicius Ziemann, pela minha primeira oportunidade de trabalho em seu escritório de advocacia.

Ao Professor Rafael Ascari, em virtude de haver despertado minha consciência à necessidade de se nutrir uma vida intelectual, bem como por seu exemplo de humildade como Educador.

Ao Professor e Orientador Cláudio Macedo de Souza, em razão da seriedade e excelência de seu magistério, imprescindíveis à concretização deste trabalho.

Ao amigo Deivid Willian dos Prazeres, pelos frutíferos debates e cruciais sugestões à estruturação e desenvolvimento desta pesquisa.

Aos amigos do Escritório Galli, Brasil, Prazeres – Advocacia Criminal e Empresarial, os quais não só me transmitiram conhecimentos jurídicos incalculáveis, como também infundiram em minha personalidade a constante irrisignação frente às injustiças e abusos de poder.

Ao Epaminondas José Messias e ao Bruno Carminati Cimolin, por aceitarem compor a banca para defesa da Monografia.

## RESUMO

Em um contexto de proeminência da atividade do Supremo Tribunal Federal em face dos demais Poderes e da sociedade, aliado à tendência de mitigação dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, a presente pesquisa se propõe, como objetivo geral, a elaborar um estudo sobre os limites de atuação do órgão de cúpula do Poder Judiciário quanto às normas concernentes ao termo inicial da prescrição da pretensão executória penal, tema de grande controvérsia, cujo cerne envolve a harmonização do art. 112, I, do Código Penal, com o princípio da presunção de inocência. Em razão disso, a pesquisa traz o seguinte questionamento: “O entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao termo inicial da prescrição da pretensão executória, tendo como marco o trânsito em julgado, constitui usurpação do Poder Legislativo?” Supõe-se, como hipótese básica, que o início da contagem da prescrição da pretensão executória condicionado ao trânsito em julgado da sentença condenatória viola a competência privativa da União para legislar sobre direito penal. Para tanto, o trabalho científico é estruturado em três partes. Na primeira parte serão investigados os limites de atuação do Poder Judiciário no âmbito de um Estado Democrático de Direito, abordando-se a função jurisdicional, jurisdição constitucional, e o sistema de controle de constitucionalidade do ordenamento jurídico pátrio, sob a perspectiva do Supremo Tribunal Federal. O segundo capítulo examinará os fundamentos teóricos e normas que lastreiam o instituto da prescrição, com a devida diferenciação entre a prescrição da pretensão punitiva e a executória, com ênfase no marco inicial da prescrição da pretensão executória. Por fim, o terceiro capítulo se ocupará do exame da hermenêutica jurídica e constitucional e das diretrizes à interpretação e aplicação das normas penais, bem como da análise do conteúdo dos julgados penais proferidos pelo Supremo Tribunal Federal. Para cumprir seus objetivos, o trabalho adotará o método de abordagem dedutivo, mediante pesquisa bibliográfica e consulta às normas da ordem jurídica brasileira, para ao final avaliar os precedentes proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, utilizando-se da técnica de análise de conteúdo.

**Palavras-chave:** Prescrição Penal. Hermenêutica Jurídica. Supremo Tribunal Federal. Hermenêutica Constitucional.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>2 O PODER JUDICIÁRIO NO ÂMBITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO...14</b>	
2.1 O DESENVOLVIMENTO DO ESTADO DE DIREITO .....	14
2.2 PODER JURISDICIONAL, FUNÇÃO JURISDICIONAL E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	18
2.3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A GUARDA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	23
2.4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988..	28
<b>3 PRESCRIÇÃO PENAL: CLASSIFICAÇÃO, FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA, DEFINIÇÃO LEGAL E APORTES NORMATIVOS E DOCTRINÁRIOS.....</b>	<b>39</b>
3.1 O PODER DE PUNIR E AS PRETENSÕES PUNITIVA E EXECUTÓRIA.....	39
3.2 A PRESCRIÇÃO PENAL COMO CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.....	42
3.3 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA PRESCRIÇÃO .....	44
3.4 A PRESCRIÇÃO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO .....	50
3.4.1 A prescrição da pretensão punitiva .....	51
3.4.2 A prescrição da pretensão executória.....	52
3.5 O TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA: APORTES NORMATIVOS E DOCTRINÁRIOS.....	54
3.5.1 O termo inicial da prescrição da pretensão executória: interpretação da doutrina quanto ao art. 112, I, do Código Penal.....	55
3.5.2 Aportes normativos e doutrinários ao termo inicial da prescrição da pretensão executória.....	58
<b>4 O TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....</b>	<b>68</b>
4.1 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS DO ORDENAMENTO JURÍDICO EM MATÉRIA PENAL.....	68
4.2 ANÁLISE DO CONTEÚDO DOS JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....	80
4.2.1 Precedentes em controle incidental de constitucionalidade a partir do julgamento do Habeas Corpus n. 84.078 .....	81
4.2.2 O <i>leading case</i> Agravo em Recurso Extraordinário n. 848.107 e o Tema 788 .....	92
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>94</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>98</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa objetiva compreender os limites de atuação do Supremo Tribunal Federal quanto à interpretação e aplicação das normas concernentes ao termo inicial da prescrição da pretensão executória.

Alvo de críticas e elogios, nunca antes na história, o Supremo Tribunal Federal esteve envolvido nas questões mais controvertidas e delicadas que circundam o Estado, o Governo e a sociedade brasileira. O órgão de cúpula do Poder Judiciário, além de ser a última instância judicial, acumulando para si massiva competência para julgar casos concretos submetidos à sua apreciação, também exerce a função clássica de Corte Constitucional, isto é, de guarda da Constituição.

Dentro desse contexto, um dos tópicos de direito penal de maior relevância e discussão no âmbito da jurisdição do Supremo Tribunal Federal, suscitando inúmeras discussões sobre sua natureza, espécies, fundamentos teóricos e aplicação, é a prescrição penal, especificamente o termo inicial da prescrição da pretensão executória.

Isso porque, tanto a doutrina quanto a jurisprudência divergem incansavelmente sobre a aplicação literal do art. 112, I, do Código Penal, que estipula como termo inicial da prescrição da pretensão executória o trânsito em julgado à acusação, ou a necessidade de harmonizar esse dispositivo com o princípio da presunção de inocência, de modo que o marco inicial seria o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em razão dessa questão ter chegado ao órgão máximo da justiça brasileira, em relação a qual foi reconhecida a repercussão geral no Tema 788<sup>1</sup>, esta monografia faz a seguinte indagação: “O entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao termo inicial da prescrição da pretensão executória, tendo como marco o trânsito em julgado da sentença condenatória, viola a competência privativa da União para legislar sobre direito penal?” Para responder a esta pergunta, supõe-se que o início da contagem da prescrição da pretensão executória condicionado ao trânsito em julgado da sentença condenatória viola a competência privativa da União para legislar sobre direito penal.

Para tanto, o primeiro capítulo se ocupará da investigação dos limites de atuação do Poder Judiciário inserido em um Estado Democrático de Direito, abordando-se a função jurisdicional, a

---

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 788. Termo inicial para a contagem da prescrição da pretensão executória do Estado: a partir do trânsito em julgado para a acusação ou a partir do trânsito em julgado para todas as partes. Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, II e LVII, da Constituição Federal, a recepção, ou não, pela Carta Magna de 1988 do art. 112, I, do Código Penal, segundo o qual a prescrição da pretensão executória começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação.s

jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico pátrio, sob a perspectiva do Supremo Tribunal Federal.

No segundo capítulo serão examinados os fundamentos teóricos, regras e princípios que amparam o instituto da prescrição, diferenciando-se a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória, com enfoque no termo inicial da prescrição da pretensão executória.

No terceiro capítulo serão abordadas a hermenêutica jurídica, inter-relacionando-a com a hermenêutica constitucional, e as diretrizes à interpretação e aplicação das normas penais, bem como analisado o conteúdo dos julgados penais proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no que tange ao marco inicial da prescrição da pretensão executória.

Para cumprir seus objetivos, o trabalho se utiliza do método de abordagem dedutivo, mediante pesquisa bibliográfica e consulta às normas do ordenamento jurídico brasileiro, para, ao final, avaliar os precedentes proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, pela técnica de análise de conteúdo.

## 2 O PODER JUDICIÁRIO NO ÂMBITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Este capítulo objetiva examinar, inicialmente, o posicionamento e a importância do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito, partindo-se da concepção clássica de jurisdição, para abordar, na sequência, a jurisdição constitucional, em cuja atividade a Constituição serve como parâmetro fundamental.

Ato contínuo, a segunda parte se dedica à investigação do Supremo Tribunal Federal, ao discorrer sobre suas considerações gerais, breve contextualização histórica, composição e competências principais.

Finalmente, com foco na atividade do Supremo Tribunal Federal, a pesquisa abordará o sistema de controle de constitucionalidade previsto na Constituição Federal de 1988, cotejando-o com os diversos sistemas que exerceram influência sobre o Brasil, além de proceder a uma análise concisa das espécies de inconstitucionalidade e os mecanismos jurisdicionais para acesso à jurisdição constitucional.

### 2.1 O DESENVOLVIMENTO DO ESTADO DE DIREITO

Pois bem, é sabido que a garantia de todo cidadão frente ao Estado é a lei, cujos ditames delimitam restritivamente o âmbito de atuação deste em relação àquele, isto é, constitui um limite ao monopólio do poder estatal.

Fala-se, pois, em subordinação completa do Estado e dos cidadãos à lei, motivo pelo qual todos os agentes públicos, desde que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas (MELLO, 1992, p. 57-58).

Isso traduz a noção de Estado de Direito, o qual tem como características fundamentais, em sua acepção liberal, a submissão de todos ao império da lei, a divisão, de forma independente e harmônica, de poderes entre o Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e uma carta de enunciados e garantias dos direitos individuais (SILVA, 2014, p. 114-115).

Entretanto, a concepção do Direito tão somente como um conjunto de normas estabelecidas pelo Legislativo, transforma o Estado de Direito em um Estado de Legalidade, ou Estado legislativo, ou seja, uma notória redução deformante. Porquanto, se o princípio da legalidade se mostra como um elemento essencial de Estado de Direito, nele não se realiza completamente (SILVA, 2014, p. 116).

Evidentemente, não existe, em sentido real, um Poder Legislativo guiado estritamente pela razão, verdade, interesse público ou vontade geral, mas seres humanos que, como quaisquer outros, são falhos.

Em outras palavras, ainda que a Constituição Federal outorgue, com limitações, competências ao Poder Legislativo constituído, esse poderá extrapolar, fazer mal uso e até mesmo contrariar as disposições constitucionais.

Seja o mais elevado ou o mais humilde na hierarquia do processo de criação do direito, individual ou coletivo, o representante é humano em todo o sentido da palavra, suscetível de abusar de sua posição representativa e emitir regras que divergem largamente da verdade da ordem (VOEGELIN, 1998, p. 117).

Essa tensão entre a substância da ordem e o abuso possível do processo de criação do direito constitui o fundamento central das salvaguardas institucionais contra o seu abuso potencial, incluindo-se aí a separação de poderes, a carta de direitos fundamentais, a independência da judicatura, o sufrágio universal e a eleição dos representantes, os quais são imperativos para reduzir a possibilidade de abuso a um mínimo (VOEGELIN, 1998, p. 117).

Precisa é a lição de Gilberto Callado de Oliveira (2001, p. 278-279) sobre os efeitos malignos de se compreender a lei, em um Estado de Direito, como fenômeno indiscutível e absoluto:

Para organizar a vida social e realizar o bem comum, submete-se o Estado à ordem jurídica, pois só assim ele irá salvaguardar as liberdades e possibilitar a plena garantia da dignidade e dos direitos fundamentais da pessoa humana. [...] Tais critérios regulativos, inseridos na base do ordenamento, sempre são abstratos e se amoldam a qualquer norma, desde que elaborada segundo a ordem positiva vigente ou consoante a fermentação ideológica do momento. Ora, é preciso desmistificar esse Estado de direito legalista e formal, esse Estado de legalidade que circunscreve o poder legal numa espécie de círculo vicioso. Se entendermos esse poder democraticamente, a lei será mera expressão da vontade popular, das representações jurídicas que predominem no imaginário coletivo. Aqui o mesmo círculo vicioso se forma, porque nesses pressupostos apriorísticos bastam certas formalidades essenciais para ajustar a ordem, pelo poder público representado pelas “forças populares”, e todos estarão chamados ao dever de obediência, ainda que as regras da natureza estejam corrompidas.

A necessidade de se reconstruir um sistema jurídico a partir de um conteúdo ético e garantista mais sólido exsurge, portanto, das consequências evidentemente nocivas dos totalitarismos, onde o direito foi transfigurado em um mero mecanismo de organização e imposição da força.

Logo, esse novo ideal de ordenamento jurídico sofreu um processo de substantivação do direito constitucional, passando a legitimidade da produção legislativa, bem como da reforma da Constituição, a não estarem somente vinculadas à realização de um procedimento formal – que atestaria sua validade –, mas antes a submissão a um direito com conteúdo ético, que intenta buscar

fundamentos nos direitos humanos, direitos naturais e nos princípios do Estado de Direito e da separação dos poderes (VIEIRA, 1997, p. 58).

Dentro dessa ótica, a legalidade extrapola a singela noção de conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica, para assumir a função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional, visto que é da essência do Estado Democrático de Direito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática (SILVA, 2014, p. 123).

Essa mudança de perspectiva, como se verá na terceira parte deste capítulo, introduz a possibilidade de se investigar, para além da constitucionalidade formal, que decorre da observância de regras constitucionais de competência para a produção da norma, a correspondência entre o conteúdo da norma constitucional e sua compatibilidade ou não com a Constituição, isto é, a constitucionalidade material.

Diferentemente dos modelos anteriores, nos quais se disciplinava primeiro a organização do Estado, para depois serem estabelecidos os direitos e garantias fundamentais, as Constituições contemporâneas iniciam pelos enunciados destes, conseqüentemente fazendo com que os poderes do Estado sejam estatuídos em função dos imperativos da sociedade civil, isto é, em razão dos indivíduos e dos grupos naturais que compõem a comunidade (REALE, 2002, p. 342).

Atenta a essas premissas, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a configuração de um Estado Democrático de Direito, não apenas pela união formal dos conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito, mas na criação de um conceito novo, que leva em conta os elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. Isso fica evidente pela leitura do art. 1º, da Constituição Federal, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando (SILVA, 2014, p. 121).

Para definir juridicamente o Estado brasileiro de hoje, constrói-se a noção de Estado Social e Democrático de Direito, agregando-se ao Estado o dever de atingir objetivos sociais e a atribuição, aos indivíduos, do correlato direito de exigí-lo. Em síntese, o Estado Social e Democrático de Direito é o resultado da soma e entrelaçamento de constitucionalismo, república, participação direta, separação de poderes, legalidade, direitos individuais, político e sociais, desenvolvimento e justiça social (SUNDFELD, 2010, p. 56-57).

Logo, a partir do enunciado de que a Constituição se abre às transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei se elevará de importância ímpar, à medida que, sendo fundamental expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição, exercendo função transformadora na sociedade, ao impor mudanças sociais democráticas, ainda que continue desempenhar uma função conservadora, para manutenção de valores socialmente aceitos (SILVA, 2014, p. 123-124).

Em tese, portanto, pode-se extrair que o Estado, na concepção contemporânea, não existe para ser um fim em si mesmo, mas surge como instrumento – ou meio – de consecução das garantias e direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, em prol dos cidadãos.

Entretanto, alguém deve interpretar e aplicar as normas da ordem jurídica, na máxima medida de contemplação e obediência aos ideários constitucionais do Estado Democrático e Social de Direito, tarefa conferida, precipuamente, ao Poder Judiciário, sem extrapolar – e esta é a tônica deste trabalho acadêmico – o princípio da legalidade, em nome da suposta necessidade de conformidade dos atos legislativos à Constituição Federal.

A jurisdição pressupõe, necessariamente, uma função legislativa, ou seja, a elaboração de normas, pois é por intermédio da atividade jurisdicional que o Estado, por agentes designados para tal fim, dizem o direito (BERMUDES, 2019, p. 17), não só como uma imposição literal dos textos legais.

Tendo em vista que as normas constitucionais são supremas, às quais todas as outras têm de se adequar, a Constituição, para além de abalizar as esferas de ação do Estado e dos particulares, institui formas de preservação dos direitos fundamentais.

É graças à competência atribuída ao Poder Judiciário, substancialmente, que é possível se declarar a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de um ato normativo estatal, seja de maneira originária ou de qualquer ato concreto ofensivo às normas constitucionais, no decorrer de uma demanda, isto é, abstrata ou concretamente (REALE, 2002, p. 342-343).

Mostra-se indispensável, pois, investigar, de modo abrangente, a atividade precípua do Poder Judiciário, ou seja, a jurisdição, procedendo-se ao seu devido cotejo e complementação com o imperativo da jurisdição constitucional, a qual é imposta a todos os magistrados, porém sob diferentes aspectos, para abordar especificamente, na sequência, a competência do Supremo Tribunal Federal nessa tarefa, com os respectivos mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade.

## 2.2 PODER JURISDICIONAL, FUNÇÃO JURISDICIONAL E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Embora a atividade legislativa não tenha como corolário a atividade jurisdicional, ela é condição indispensável à existência de uma função judicante, ou seja, se por um lado é cogitável a ideia de um Estado sem Poder Judiciário, por outro, não se pode concluir pela possibilidade de existência de um Poder Judiciário sem o estabelecimento de uma ordem jurídica.

A partir da própria etimologia do substantivo “jurisdição” já se pode revelar o conteúdo dessa atividade. A palavra é formada pela aglutinação do genitivo singular *juris*, que significa direito, e pelo nominativo singular *dictio*, ou seja, dicção, ato de dizer, consistindo a jurisdição, em sua essência, em dizer o direito, no sentido de identificar a norma de direito objetivo preexistente – ou elaborá-la, se inexistente – e de fazê-la atuar numa determinada situação (BERMUDES, 2019, p. 18).

De imediato, cabe ressaltar que poder jurisdicional não é sinônimo de Poder Judiciário, uma vez que poder jurisdicional diz respeito ao conjunto de magistrados (ordinários, administrativos, fiscais e constitucionais) a quem é confiada a função jurisdicional (CANOTILHO, 2000, p. 661), isto é, a incumbência de “dizer o direito”, nos seus mais variados âmbitos e matérias.

Por sua vez, Poder Judiciário concerne ao recorte do complexo da magistratura ordinária – tradicionalmente considerada magistratura comum –, dotada de competência geral para o julgamento dos feitos submetidos às decisões dos tribunais. Os outros tribunais com competência expressamente restringidas a determinadas matérias, a exemplo dos tribunais administrativos, aos quais é confiada a função jurisdicional em questões jurídico-administrativas, e o Tribunal Constitucional, com competência para dizer o direito em questões jurídico-constitucionais, incluem-se no poder jurisdicional, mas não no Poder Judiciário (CANOTILHO, 2000, p. 661).

Concisamente, o Poder Judiciário consiste na organização criada a fim de viabilizar, de modo concreto, a jurisdição, composta pelo conjunto de juízos e tribunais, aqueles como órgãos que exercem o primeiro grau de jurisdição monocraticamente – à exceção do Tribunal do Júri e Juntas Eleitorais – e estes como órgãos coletivos, embora possam emanar decisões monocráticas, que exercem, ordinariamente, o segundo grau de jurisdição, mas também julgam ações de competência originária (RODRIGUES, 2016, p. 259-260).

A jurisdição pode ser qualificada como a atividade exercida por juízes e destinada à revelação, extrinsecação e aplicação do direito num caso concreto, jamais podendo ser caracterizada por conta, apenas, de critérios materiais ou substantivos, pois ela está organizatoriamente associada

ao poder jurisdicional, e é subjetivo-organicamente regulada quanto ao modo de exercício por regras e princípios processuais (CANOTILHO, 2000, p. 661).

Significa dizer que a atividade jurisdicional, nos moldes brasileiros, pressupõe um conjunto de normas gerais e abstratas, às quais os fatos se adéquam ou não, em um mecanismo de subsunção, não somente de modo material, mas a partir de um processo, consubstanciado em um procedimento em contraditório.

Com evidência se percebe a vinculação dessa atividade às normas, porquanto a jurisdição, como típica e privativa função estatal, tem como escopo aplicar o direito e garantir a sua eficácia, em última instância, dos casos concretos, quando provocada a resolver os conflitos submetidos a seu julgamento.

Os conflitos de interesses são solucionados pelos órgãos do Poder Judiciário, com fundamento em ordens gerais e abstratas, que são ordens legais, previstas ora em corpos escritos, ora em costumes ou, até mesmo, em normas gerais, as quais devem ser obrigatoriamente aplicadas por eles, tendo em vista que a composição de lides deve tomar como base a ordem singular erigida especialmente para esse fim (SILVA, 2014, p. 559-560).

Logo, os órgãos do Poder Judiciário devem, manifestamente, decidir com embasamento no direito positivo, nunca pelo estabelecimento de critérios particulares, privados, ou próprios para compor os conflitos de interesse.

E, mesmo decidindo de acordo com o direito objetivo, o Estado Constitucional exige que as partes conheçam as razões pelas quais o órgão judiciário deu razão a uma delas. Fala-se, portanto, na motivação das decisões judiciais, que compreende a reconstrução história do episódio da vida que integra o objeto litigioso e a constituição da norma genérica a esse material de fato aplicável, objeto da interpretação jurídica (ASSIS, 2015, p. 301).

O direito que as partes tem de conhecer o caminho lógico percorrido pelo juiz é constitucional (art. 93, IX, da Constituição Federal Brasileira de 1988), reforçado pelos diplomas federais, sobretudo pelo art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil, bem como pelo art. 315, § 2º, do Código de Processo Penal.

Seja como função estatal de aplicação do direito objetivo para prevenção ou solução de lides, seja para administração de interesses sociais relevantes, se a atividade jurisdicional fosse desprovida de autoridade e despida de seu caráter substitutivo, a jurisdição se converteria em uma atividade consultiva ou conselheiral, frustrando a função estatal de promover a paz e o equilíbrio sociais pela administração da justiça (BERMUDES, 2019, p. 19-20).

Isso porque os atos jurisdicionais são autoritários, impondo-se suas determinações aos litigantes ou aos titulares de interesses sociais significativos, substituindo-lhes a vontade. Do contrário, não seria a figura de um terceiro decidindo, mas tão somente admoestando os que procuram a resolução do conflito.

A jurisdição, em seu sentido amplo, tem como princípios fundamentais a inafastabilidade, inevitabilidade, indeclinabilidade, indelegabilidade, irrevogabilidade dos atos jurisdicionais, inércia inicial e imparcialidade (RODRIGUES, 2016, p. 171-172), mandados de otimização que devem se conformar aos direitos e garantias fundamentais, sobretudo ao devido processo legal, à ampla defesa, ao contraditório, à assistência judiciária e ao duplo grau de jurisdição.

Uma face importante do Judiciário consiste na sua separação dos Poderes Executivo e Legislativo. Isto é, tomado como órgãos constitucionais, aos quais é especialmente confiada a função jurisdicional, os tribunais não podem atribuir suas funções a outros órgãos, mormente pela separação organizacional e funcional.

Primeiro porque a divisão de poderes se fundamenta na especialização funcional, significando que cada órgão é especializado em uma função, e na independência orgânica, a qual, para além da especialização funcional, mostra-se imprescindível para que inexistam meios de subordinação ou proeminência entre Legislativo, Executivo e Judiciário (SILVA, 2014, p. 111).

Segundo, especificamente em relação ao Poder Judiciário, a separação desse órgão dos demais desempenha a função de garantir a liberdade dos magistrados competentes, com o intento de evitar concentração ou confusão entre quem faz as leis, quem as aplica e quem as julga, bem como garantir a independência da magistratura, pois só gozando dessa autonomia se pode falar em justiça e liberdade (CANOTILHO, 2000, p. 657-658).

Via de regra, percebe-se que toda a jurisdição está sujeita à lei, de onde deriva não, propriamente, uma relação hierárquica entre o Legislativo e o Judiciário, mas sim a ideia de especificidade da função jurisdicional, como garantia, concretização e desenvolvimento do direito.

Todavia, na perspectiva contemporânea, com realce ao Estado Democrático de Direito, a jurisdição consiste no poder-dever do estado-juiz de declarar e executar os direitos conforme as pretensões que lhe são formuladas, a partir de valores e princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, garantindo-se o seu respeito no âmbito dos fatos concretos (RODRIGUES, 2016, 169).

Essa mudança de paradigma tem consequências relevantes à interpretação e aplicação do direito, uma vez que a atividade jurisdicional no Estado brasileiro não só tem um compromisso com

a lei, restritivamente, mas, e especialmente, com a Constituição Federal, incluindo-se suas regras expressas e princípios implícitos e explícitos. Fala-se, portanto, em jurisdição constitucional.

Historicamente, a jurisdição constitucional emerge como um instrumento de defesa da Constituição, essa não considerada como um nome ou pedaço de papel, mas como expressão de valores sociais e políticos (SILVA, 2014, p. 563).

De plano se percebe que não foi propriamente a jurisdição, como atividade de resolução de conflitos, que foi alterada, mas sim a absorção, pelo direito, da proeminência da Constituição frente às outras normas da ordem jurídica, obrigando, conseqüentemente, a jurisdição a se adequar a essa proposta de efetivação dos direitos constitucionais.

O fenômeno se deve à característica essencial do direito constitucional: a supremacia hierárquica da Constituição Federal, traduzida na prevalência das normas constitucionais em relação a toda e qualquer fonte normativa.

Veja que não existem quaisquer outras fontes normativas que sejam externas ou superiores à Constituição, as normas constitucionais encontram seu fundamento de validade na própria Constituição, como expressão da vontade do poder constituinte (SARLET, 2019, p. 124).

Dessa característica deriva, outrossim, o caráter autogarantista do direito constitucional, tendo em vista que o procedimento para alteração do texto constitucional, a previsão de limites materiais ao poder de reforma, a separação de poderes, a criação de uma jurisdição constitucional apta a proteger a conformidade do direito ordinário e demais atos jurídicos em relação às normas constitucionais, dentre outros exemplos, constituem exemplos de como as Constituições asseguram a si próprias (SARLET, 2019, p. 125).

A posição constitucional assumida pelos magistrados, diferentemente da estabelecida aos membros do Poder Legislativo, não está pautada pela relação de representatividade, pois os juízes não desenvolvem, como os órgãos político-representativos, atividades de direção política, a despeito de desempenharem a função de administração da justiça em nome do povo. O posicionamento em questão se refere à exigência de que os tribunais tenham acesso direto à Constituição e contribuam para a atuação e concretização das normas constitucionais (CANOTILHO, 2000, 657-658).

A jurisdição constitucional expressa a vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais, como rigorosamente aponta Gilmar Ferreira Mendes (2017, p. 151):

Cabe ao Judiciário a tarefa clássica de defender os direitos violados ou ameaçados de violência. A defesa dos direitos fundamentais é da essência da sua função. Os tribunais detêm a prerrogativa de controlar os atos dos demais Poderes, com o que definem o conteúdo dos direitos fundamentais proclamados pelo poder constituinte. A vinculação das cortes aos direitos fundamentais leva a doutrina a entender que estão elas no dever de conferir a tais direitos máxima eficácia possível. Sob um ângulo negativo, a vinculação do Judiciário gera

o poder-dever de recusar a aplicação a preceitos que não respeitem os direitos fundamentais. A vinculação dos tribunais revela-se, também, no dever que se impõe aos juízes de respeitar os preceitos de direitos fundamentais, no curso do processo e no conteúdo das decisões – digam elas respeito a matéria de direito público, de direito privado ou de direito estrangeiro.

Para além dos mecanismos internos de cada Poder, cabe ao Poder Judiciário, como um dos principais intérpretes da Constituição, a análise de eventuais retrocessos excessivos e inconstitucionais, não se tratando de uma invasão deliberada de um poder sobre o outro, pois o controle de constitucionalidade dos atos estatais está limitado a um procedimento estruturado constitucionalmente e vinculado ao padrão de controle (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 1343).

Todavia, na presente sociedade, pela qual trafegam velozes três gerações de direitos fundamentais, as quais, para se concretizarem, exigem hermenêutica de princípios sujeitos à colisão, não há instância mais recorrida para dirimir as colisões nas estruturas constitucionais do Estado Democrático de Direito do que a jurisdição constitucional (BONAVIDES, 2011, p. 649).

Assevera-se que essa ascendência da jurisdição constitucional pode abalar o compromisso de separação de poderes e ocasionar, em favor de um só Poder, oscilações de competência suscetíveis de fazer o próprio princípio cair por terra. Pois, se no passado a organização de poderes e distribuição de competência tinha como intento principal a limitação do poder do Estado, atualmente ela caminha no âmbito dos direitos fundamentais e abalos principiológicos, levantando inúmeras controvérsias acerca de quem dirime em instância última as eventuais colisões das normas (BONAVIDES, 2011, p. 649).

Infere-se, seja pelo lado benéfico ou nocivo, a forte carga política da jurisdição constitucional, pois ela é, em última instância, a responsável pela conformação dos fatos concretos da realidade – sejam estatais ou dos cidadãos – a uma carta política, cujo conteúdo é, propositalmente, extenso, abstrato e genérico.

A força política da jurisdição constitucional não é proveniente apenas do caráter derradeiro de suas decisões sobre problemas constitucionais de especial sensibilidade política, mas também porque o seu conjunto de precedentes conduz, de fato ou de direito, a uma influência determinante junto dos outros tribunais, além de exercer papel condicionante de comportamento aos órgãos de direção política (CANOTILHO, 2000, p. 681).

É na jurisdição constitucional que se realiza o princípio da constitucionalidade, em grau máximo de eficácia. A despeito de seu fulcro essencial residir no processo de verificação da conformidade de um ato público à Constituição, nele não se esgota seu objeto, tendo em conta que a atividade em questão compreende toda a ação dos tribunais judiciários destinada a assegurar a observância das normas constitucionais, a saber pelo controle de constitucionalidade dos atos do

Poder Público, conflitos entre o Estado e indivíduos, conflito entre órgãos do governo e conflitos entre entidades intraestatais autônomas (SILVA, 2014, p. 276).

Em complemento, consiste a jurisdição constitucional na entrega aos órgãos do Poder Judiciário a missão de solucionar conflitos entre atos, procedimentos e órgãos públicos e a Constituição, isto é, a entrega ao Poder Judiciário do dever de solucionar conflitos constitucionais (SILVA, 2014, p. 276).

Ainda que a jurisdição constitucional possa ser exercida em qualquer âmbito e instância do Poder Judiciário, mostra-se indispensável abordar as características, peculiaridades, funções e competências do Supremo Tribunal Federal, eis que é o órgão de cúpula do sistema judiciário brasileiro, que passou a ser, após a Constituição Federal de 1988, preponderantemente uma corte constitucional, remetendo-se ao foco deste trabalho.

### 2.3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A GUARDA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Não se pode falar em jurisdição constitucional sem menção alguma ao órgão judicial que detém as mais abrangentes competências sobre o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do Estado brasileiro: o Supremo Tribunal Federal.

Como Supremo Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal foi criado em 1828, sendo o órgão judicial mais antigo e o órgão de cúpula do Poder Judiciário, o qual é incumbido da iniciativa do Estatuto da Magistratura e a Presidência do Conselho de Justiça (MENDES, 2017, p. 1022-1023).

Na sua primeira configuração, o Supremo Tribunal Federal tinha competência restrita ao conhecimento dos recursos de revista e julgamento dos conflitos de jurisdição, bem como ações penais originárias contra ocupantes de determinados cargos, competência essa que jamais foi utilizada para proferir decisões com eficácia *erga omnes* (MENDES, 2017, p. 1023).

A partir da primeira Constituição Republicana de 1891, introduziu-se uma nova concepção do Poder Judiciário, em razão da influência da doutrina constitucional americana, momento em que ao Supremo Tribunal Federal foi outorgada a função de guardião da Constituição e da ordem federativa, que tinha competência para aferir a constitucionalidade da aplicação do direito através de um recurso especial (MENDES, 2017, p. 1024).

Essa alta e meritória tarefa se deu, sobretudo, pela instituição de um sistema federativo brasileiro, cujas normas ensejavam profusa e confusa legislação estadual, tornando-se o intérprete máximo das leis (BULOS, 2015, p. 1311).

Com o decorrer dos anos, o órgão de cúpula do Poder Judiciário sofreu inúmeras alterações, tanto de sua competência como de sua composição, porém, seu traço marcante – de defesa da Constituição – continua, em tese, a imperar, em uma escala jamais vista anteriormente.

Isso porque a Constituição Federal de 1988 foi formulada num ambiente democrático, sob a influência de uma participação social jamais vista na história legislativa e constitucional, porém, também foi impregnada pelo corporativismo da política brasileira (VIEIRA, 1997, p. 59).

O grande compromisso entre os diversos setores da sociedade e do Estado brasileiro que detinham poder naquele momento, ao invés de suscitar a proeminência das regras fundamentais sobre os parâmetros sob os quais se deveria desenvolver o cenário político, redundou em um compromisso maximizador, no qual cada setor organizado da sociedade, por intermédio de um largo processo de barganha, alcançou a constitucionalização de interesses e demandas substantivas (VIEIRA, 1997, p. 59).

Como consequência, se por um lado há uma carta atualizada de direitos e uma ambígua distribuição vertical e horizontal de poderes, por outro se mostra evidente a constitucionalização, pelo legislador de 1988, de diversos temas que não pertenciam tradicionalmente aos corpos constitucionais, criando enorme tensão e litigiosidade constitucionais (VIEIRA, 1997, p. 59).

Em outros termos, a despeito do aparente pacto constitucional de defesa de direitos e garantias fundamentais, separação de Poderes e relevância do Estado Democrático de Direito, firmado em 1988, o movimento descrito ocasionou, beneficemente ou não, uma exacerbação das questões constitucionais, de modo a ensejar, conseqüentemente, o alargamento e concentração do poder da Suprema Corte brasileira.

Hodiernamente, o Supremo Tribunal Federal pode ser definido como corte constitucional competente para julgar os feitos em sede de competência originária e recursal, proveniente de todas as justiças comuns e especiais, sempre que houver ofensa à Constituição Federal e repercussão geral da matéria, seja ela política, jurídica, econômica ou social, à sociedade brasileira (RODRIGUES, 2016, p. 270).

O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze ministros, escolhidos dentre pessoas de reputação ilibada, notável saber jurídico, maiores de trinta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal (MENDES, 2017, p. 1031).

Percebe-se que a exigência de muitos países quanto à necessidade de que os membros do órgão de cúpula provenham, ao menos em parte, da magistratura ordinária ou superior, não é verificada no sistema brasileiro. Ademais, por ser condição extremamente subjetiva, o notável saber

jurídico é definido pelo Senado Federal e pelo Presidente da República, poderes para os quais não necessariamente se necessita do conhecimento jurídico (TAVARES, 2020, p. 1215).

De acordo com os dispositivos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, cada Ministro integra, formalmente, uma Turma, à exceção do Presidente do Tribunal, que é eleito diretamente pelos seus pares a um mandato de dois anos, sendo que a reeleição é expressamente vedada (BRASIL, 2020, p. 21).

Ambas as Turmas possuem competências idênticas e os processos não são distribuídos, originariamente, a uma ou outra, mas a determinado Ministro Relator, sobressaindo-se o fato de que as matérias mais relevantes, a exemplo das decisões sobre inconstitucionalidade ou constitucionalidade, somente podem ser decididas pelo Tribunal Pleno, com maioria de, no mínimo, seis votos (BRASIL, 2020, p. 98-100).

O papel de guardião da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal foi expressamente previsto na Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu art. 102, que dispõe que: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]”.

A guarda da Constituição compreende, sinteticamente, as funções de fiscalizar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos, emitir a última palavra nas questões submetidas ao seu veredito e primar pela regularidade do Estado Democrático de Direito, de modo a garantir a separação de poderes e defender a supremacia das liberdades públicas, dos direitos fundamentais, em face dos Poderes do Estado (BULOS, 2015, p. 1310).

No âmbito do controle da constitucionalidade em abstrato, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, originariamente (art. 102, I, a, da Constituição Federal Brasileira de 1988), mediante processo objetivo, cujo intento é proteger a coerência do ordenamento, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade e as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, essa última prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Já no denominado controle incidental de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal é competente para julgar os recursos extraordinários interpostos contra decisões de tribunais locais federais ou estaduais que contrariem dispositivo da Constituição Federal, declarem a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julguem válida lei ou ato de governo estadual, contestados em face de dispositivo federal e julguem válida lei ou ato de governo local, contestados em face de dispositivo federal, nos termos do art. 102, III, da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Pela previsão dos arts. 102, I, “a” a “r”, e 103-A, § 3º, ambos da Constituição Federal Brasileira de 1988, ainda ao lado dessas competências, o Supremo Tribunal Federal mantém competência específica para processar e julgar originariamente, dentre outras hipóteses, as infrações penais comuns contra o Presidente da República, Vice-Presidente, membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, além da competência para julgar infrações penais comuns e crimes de responsabilidade em face dos Ministros de Estado e Comandantes das Forças Armadas, membros dos Tribunais Superiores, Tribunal de Contas da União e chefes de missões diplomáticas de caráter permanente, bem como reclamação constitucional.

Poderia se cogitar que essas características levariam a concluir que o Supremo Tribunal Federal é um Tribunal ou Corte Constitucional, isto é, um órgão judiciário que não se pode furtar à tarefa de guardião da Constituição e apreciação da constitucionalidade da política normativamente incorporada nos atos dos órgãos estatais, uma vez que assume dimensão normativa constitutiva do compromisso pluralístico incorporado na Constituição, com vistas a desempenhar papel de regulador e determinador da própria identidade cultural da República (CANOTILHO, 2000, p. 681-682).

Em sentido diverso, entretanto, José Afonso da Silva (2014, p. 284-285) assinala o porquê entende que o Supremo Tribunal Federal não é um Tribunal Constitucional por excelência:

Entendemos que a redução da competência do STF à matéria constitucional (art. 102, I, "a", e III, e art. 103) não o converteu em Corte Constitucional. Primeiro, porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção. Segundo, porque o modo de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal do recurso extraordinário, modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidades. É certo que o art. 102 diz que a ele compete precipuamente a guarda da Constituição. Mas não será fácil conciliar uma função típica de guarda dos valores constitucionais (pois guardar a forma ou apenas tecnicamente é falsear a realidade constitucional) com sua função de julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância (base do critério de controle difuso) quando ocorrer uma das questões constitucionais enumeradas nas alíneas do inciso III do art. 102, o que o mantém como Tribunal de julgamento do caso concreto que sempre conduz à preferência pela decisão da lide, e não pelos valores da Constituição, como nossa História comprova.

Isto é, ainda que seja o guardião da Constituição no sentido que lhe compete, principalmente no que tange ao controle de constitucionalidade abstrato da ordem jurídica nacional, exerce forte e alargado controle de constitucionalidade incidental no julgamento dos recursos extraordinários como última instância jurisdicional, não necessariamente privilegiando os direitos e garantias fundamentais, mas sim a resolução concreta das lides submetidas à sua apreciação.

Com efeito, as Cortes Constitucionais são de matriz europeia, as quais têm como paradigma a Constituição Austríaca de 1920, sob a influência de Hans Kelsen, criadas para fiscalizar, em abstrato, a constitucionalidade das leis ou atos normativos. Em razão disso, integram, fundamentalmente, o controle abstrato de normas, que, diversamente do controle incidental, só é deferido a uma corte especial, não sendo reconhecido o seu exercício aos demais componentes do Poder Judiciário (BULOS, 2015, p. 1314).

Em contrapartida, como se pode verificar com clareza, além da competência para controle da constitucionalidade em abstrato, o Supremo Tribunal Federal também deve processar e julgar outras questões, em controle de constitucionalidade incidental, como o *Habeas Corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *Habeas Data*, infrações comuns praticadas por altas autoridades da República, crimes de responsabilidade, reclamação constitucional, dentre outras hipóteses.

A primeira crítica central ao modelo reside no fato de que o Supremo Tribunal Federal detém a espinhosa missão de foro especializado, mormente como juízo de primeira instância criminal, servindo como um tribunal arbitral de causas políticas, conferindo-lhe enorme poder sobre todo o Congresso Nacional e o governo, em um enorme envolvimento em questões controvertidas que poderiam e deveriam ser resolvidas em outros âmbitos (VIEIRA, 2018, p. 97-98).

Em segundo lugar, sua qualidade de tribunal de recursos de última instância judicial, sem uma cultura jurídica que valorize o caráter vinculante de suas decisões, fez com que o Supremo Tribunal Federal acumulasse uma carga de demandas que extrapola os limites razoáveis. Porquanto, mais do que desumano com os onze Ministros, mostra-se absolutamente irracional fazer com que milhões de jurisdicionados fiquem aguardando uma decisão do órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, de modo a beneficiar litigantes reiterados, que sabem alongar o tempo de duração de suas lides para adiar o cumprimento de suas obrigações, a exemplo das variadas instâncias do governo, empresas prestadoras de serviços públicos e setor bancário (VIEIRA, 2018, p. 98).

Ainda que com suas deficiências, algumas decisões e súmulas do Supremo Tribunal Federal gozam de efeito vinculantes e eficácia contra todos, a exemplo das decisões definitivas de mérito que versem sobre controle concentrado de constitucionalidade e aprovações de súmulas que digam respeito à validade, interpretação ou eficácia de normas, como se extrai dos arts. 102, § 2º e 103-A, ambos da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Nesse passo, a ideia de vinculação das decisões judiciais de um Tribunal com caráter constitucional, antes de afirmar o poder do Judiciário de controlar a atividade do Legislativo, tem como fundamento a supremacia da Constituição sobre as leis. Pois uma lei que nega a Constituição

deve ser declarada nula e, com maior precisão, constando-se que o Poder Judiciário é o intérprete final da Constituição, o qual é incumbido do dever de se pronunciar sobre o sentido da lei, também é dele o poder de dizer se a lei é contrária ou não à Constituição (SARLET, 2019, p. 1358).

Logo, o que impõe o respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal é a igualdade e a segurança jurídica, não sendo razoável – muito menos compatível – que seus julgados em um sistema estruturado sob o controle difuso de constitucionalidade, não vinculem, obrigatoriamente, os demais tribunais e juízos, uma vez que se deve contar com uma Corte Suprema para garantir a força normativa da Constituição (SARLET, 2019, p. 1360).

Pois bem, tecidas as considerações gerais sobre o Supremo Tribunal Federal, com a delimitação de sua competência e qualidade de suas decisões, impõe-se desenvolver sobre o controle de constitucionalidade previsto na Constituição Federal de 1988, com enfoque à atuação do órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro.

#### 2.4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Partindo-se da premissa de que a Constituição Federal se situa no vértice do sistema jurídico do Estado, e que as normas de grau inferior somente serão compatíveis a esse sistema se guardarem uniformidade com as normas constitucionais, desponta a ideia de que a validade de uma determinada norma depende da concordância com os ditames da Constituição.

A elaboração e o exercício de todos os atos normativos estatais devem, pois, respeitar os princípios e regras traçados na Constituição Federal, que passa a ser o parâmetro ideal, sob pena de incorrer em insanável vício de inconstitucionalidade.

A constitucionalidade e a inconstitucionalidade devem ser tomadas como conceitos de relação, não como uma relação lógica ou intelectual, mas de caráter normativo e valorativo, uma vez que a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento genérico – se refere à compatibilidade, conformidade ou cabimento de seu sentido (MIRANDA, 1983, p. 273-274).

Por definição, o controle de constitucionalidade é um instrumento de garantia da supremacia da Constituição, e não a mitigação de seus valores. Visa à verificação da compatibilidade entre os atos executivos, legislativos e jurisdicionais com a Carta Magna, isto é, examinar a adequação de determinado comportamento ao texto maior. Se a inconstitucionalidade é a doença que contamina o

comportamento desconforme à Constituição, o controle de constitucionalidade é o remédio que se propõe a restabelecer o estado de higidez constitucional (BULOS, 2015, p. 186).

Ou seja, ainda que a Constituição Federal seja dotada de supremacia, não pode ela estar imune a abusos e violações, seja por atos do legislador, autoridades públicas em geral e cidadãos. E se as superioridades formal e hierárquica das normas constitucionais estão sujeitas a arbitrariedades, imperioso que haja instrumentos a serem acionados no caso de violações à ordem suprema do Estado.

Pode-se verificar a inconstitucionalidade formal quando uma lei é elaborada por um procedimento que viola as disposições constitucionais de sua criação, ou emanada por órgão incompetente, isto é, existe uma contaminação dos pressupostos técnicos ou um vício de competência (BULOS, 2015, p. 143-144).

É possível que ocorra a inconstitucionalidade material quando os vícios dos atos normativos ou das leis digam respeito ao próprio conteúdo ou ao aspecto substantivo do ato, envolvendo não só o contraste direto entre o ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder ou do excesso de poder legislativo (MENDES, 2017, p. 1126).

Adiante, ocorre a inconstitucionalidade por ação com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem regras ou princípios constitucionais, isto é, uma relação de incompatibilidade vertical comissiva, enquanto que a inconstitucionalidade por omissão é verificada nos casos em que não sejam praticados os atos legislativos ou administrativos para tornar efetivamente aplicáveis as normas constitucionais (SILVA, 2014, p. 49).

No que tange à inconstitucionalidade originária, essa acontece quando o ato normativo ou a lei fere norma constitucional em vigor, quer dizer, o vício que contamina o ato advém do seu próprio nascimento, já nascendo a lei com um defeito congênito em sua configuração (BULOS, 2015, p. 160).

A inconstitucionalidade superveniente é verificada, em princípio, nas hipóteses em que o ato legislativo viola norma constitucional que ainda será editada, em uma espécie de inconstitucionalidade futura, na qual há uma contradição entre a norma constitucional superveniente e o direito ordinário pré-constitucional. (BULOS, 2015, p. 161).

No entanto, a distinção entre inconstitucionalidade originária e superveniente depende do sistema adotado, uma vez que se pode entender que a superveniência de norma constitucional importa em revogação do direito anterior com ela incompatível, não se podendo falar em controle de constitucionalidade, mas sim em direito intertemporal (MENDES, 2017, p. 1129).

Tendo como base a noção de que seria logicamente impossível averiguar o elo de conformidade entre um ato legislativo elaborado anteriormente à nova ordem constitucional, a qual

nem existia àquela época, a inconstitucionalidade superveniente nada mais é que uma das formas de revogação, ou seja, um simples vício contemporâneo ao nascimento da lei (BULOS, 2015, p. 161-162).

Sobre o tema, o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2, de relatoria do Ministro Paulo Brossard, é no sentido de que “Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente [...]. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as”. (STF, ADI n. 2, Relator: Paulo Brossard, julgamento em: 06 fev. 1992)

A inconformidade entre a lei e a Constituição pode ser, ainda, direta, quando viola direito expressamente consignado no texto constitucional ou indireta, quando a lei se mostra incompatível com o espírito ou sistema da Constituição (BUZAID, 1958, p. 46).

Critica-se fortemente essa nomenclatura, tendo em vista que o simples recurso ao “espírito” ou “intenção” é eminentemente vago e abstrato, sendo insuficiente a amparar a argumentação jurídica na alegação de inconstitucionalidade (NEVES, 1988, p. 125).

Ainda, classificam-se as inconstitucionalidades em total, correspondente à que incide, por inteiro, sobre o ato normativo ou sobre a lei, e a parcial, que parte do pressuposto do parcelamento, no sentido de que a invalidade constitucional de uma parte não atinge, obrigatoriamente, a outra parte que está em perfeita consonância com as normas constitucionais (BULOS. 2015, p. 153).

Não há nenhuma pretensão em esgotar o tema, mas sim delimitar as espécies de inconstitucionalidade que interessam ao presente estudo, uma vez que a cada dia a doutrina constitucional se esforça a estabelecer uma adequada classificação das diferentes manifestações desse fenômeno, assunto que, por sua dimensão complexa, escapa dos objetivos últimos deste trabalho.

Constatada a existência ou possível existência de inconstitucionalidade, não faria sentido algum se não existissem órgãos controladores e mecanismos para promover o controle de constitucionalidade das normas.

Diversos são os modelos, instrumentos e formas de acionar o sistema de controle de constitucionalidade, variando conforme as necessidades de se realizar os ideários de justiça constitucional em cada sociedade.

No âmbito das formas de controle de constitucionalidade, pode-se classificar, quanto ao órgão fiscalizador, três modelos basilares. Primeiro, o controle político, realizado por órgão não pertencente ao Poder Judiciário, é normalmente exercido pelo Legislativo e Executivo, tendo como fundamento o fato de que os órgãos políticos dominam a dinâmica da ordem jurídica. Segundo essa

concepção, o Poder Judiciário, além de carecer de sensibilidade política, estaria anulando as deliberações democráticas e legítimas do Legislativo e Executivo, e, como corolário, atentando contra o princípio da separação de Poderes (BULOS, 2015, p. 191).

Fica evidente que a meta do controle de constitucionalidade por um ou mais órgãos políticos deixa em segundo plano a proteção direta das liberdades individuais, para dar especial relevância à repartição constitucional das competências (BONAVIDES, 2011, p. 300-301).

Ainda que o Brasil não adira ao modelo de controle de constitucionalidade político, os Poderes Executivo e Legislativo têm papel marcante no controle de legitimidade dos atos do Poder Público, a exemplo do exercício do poder de veto com fundamento na inconstitucionalidade da lei, possibilidade de suspensão de atos normativos que exorbitem limites legais, correções de decisões judiciais pelo Poder Legislativo, possibilidade de anulação de atos normativos pelo Legislativo e prerrogativa do Executivo em se negar a aplicar a lei com fundamento na inconstitucionalidade (MENDES, 2017, p. 1161).

Por sua vez, o controle jurisdicional de constitucionalidade é desempenhado apenas por juízes e tribunais, isto é, uma exclusividade do Poder Judiciário. Esse modelo preza pela reserva do controle de constitucionalidade ao Poder Judiciário porque a compatibilidade das leis e atos normativos perante a Constituição Federal é tarefa que exige, ao mesmo tempo, técnica e imparcialidade (BULOS, 2015, p. 191).

Não significa que somente o Poder Judiciário detém essas qualidades, em especial porque a realidade político-jurídica, por diversas vezes, leva à conclusão diversa, mas a ideia central é combater a falibilidade do legislador.

Defende-se ainda o controle jurisdicional de constitucionalidade, porquanto seria ele o que melhor se compadece com a natureza das constituições rígidas e com seu centro de inspiração primordial na garantia da liberdade humana, a guarda e proteção de valores reputados inabdicáveis. Nesses casos, ao outorgar essa missão de supremacia decisória, no que tange à verificação dos atos executivos e legislativos, ao órgão jurisdicional, o Poder Judiciário está tutelando o próprio Estado (BONAVIDES, 2011, p. 301).

O Brasil adotou, por seu turno, o controle misto de constitucionalidade, que se refere à adoção simultânea das técnicas incidental e abstrata de defesa da Constituição, isto é, mescla os controles político e jurisdicional, de modo a balancear os benefícios e malefícios dos dois primeiros sistemas e corrigir eventuais distorções (BULOS, 2015, p. 192).

Já em relação ao momento de acionamento do sistema de controle de constitucionalidade, pode-se mencionar o controle preventivo, que se efetiva antes do aperfeiçoamento da lei ou ato normativo – na etapa do projeto – ou na etapa posterior à produção da lei ou ato normativo, em controle repressivo (BULOS, 2015, p. 193).

Embora no sistema brasileiro a regra seja o controle repressivo de constitucionalidade, admite-se o controle preventivo, seja pelas atividades de controle dos projetos e proposições exercidas pelas Comissões de Constituição e Justiça das Casas do Congresso, veto presidencial com fundamento na inconstitucionalidade do projeto ou mandado de segurança preventivo impetrado por parlamentar com o objetivo de impedir tramitação de projeto de emenda constitucional (MENDES, 2017, p. 1116).

O modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade pode ser dividido entre concentrado, difuso e misto. Também chamado de controle de constitucionalidade austríaco ou europeu, o controle de constitucionalidade concentrado confere ao órgão jurisdicional superior ou à Corte Constitucional a atribuição para o julgamento das questões constitucionais. O Tribunal em questão adota ações individuais à defesa de posições subjetivas e cria mecanismos específicos para a defesa dessas posições, com atribuição de eficácia *ex tunc* da decisão para o caso concreto que ensejou a declaração de inconstitucionalidade (MENDES, 2017, p. 1116-1117).

Essa configuração permite ao sistema o controle da norma de forma abstrata, por ações previstas formalmente no texto constitucional, isto é, ao contrário da via de exceção, constitui um controle direto.

A característica destacada reside no seu teor sumamente enérgico, agressividade e radicalismo, pela natureza fulminante da ação direta, pois abre-se a possibilidade de iniciativa, aos governados e autoridades públicas, de promover o ataque imediato e ofensivo ao texto eivado de inconstitucionalidade (BONAVIDES, 2011, p. 307).

Por sua parte, o controle por via de exceção, aplicado às inconstitucionalidades legislativas, ocorre somente quando, no curso de um pleito judiciário, uma das partes levante, na defesa de sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei. Em outros termos, se inexistir caso concreto – lide – ou provocação de uma das partes, não se pode falar em intervenção judicial, cujo julgamento exclusivamente se estende às partes em juízo (BONAVIDES, 2011, p. 302).

Ao revés dos efeitos do controle de constitucionalidade concentrado, que exclui o ato normativo da ordem jurídica, a lei que é declarada ofensiva à Constituição no controle incidental não desaparece do ordenamento, podendo, inclusive, ser aplicada em outros feitos.

Classicamente conhecido como sistema americano, o sistema difuso perde a característica de um modelo voltado à defesa de posições exclusivamente subjetivas e adota uma modelagem processual que valora o interesse público em sentido amplo, assegurando a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se considerar incompatível com a ordem constitucional (MENDES, 2017, p. 1117).

Pela congregação dos sistemas concentrado e difuso, tem-se o sistema misto de controle de constitucionalidade, do qual os maiores expoentes são o Brasil e Portugal. Em linhas gerais, os modelos mistos outorgam aos órgãos ordinários do Poder Judiciário o poder-dever de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, porém atribuem a determinado órgão de cúpula a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado (MENDES, 2017, p. 1117).

Isso não significa que há uma mistura entre o controle difuso e o concentrado, mas sim uma mistura entre os modelos incidental e principal, porquanto os sistemas difusos e concentrados constituem abstrações que podem ser separadas, e assim ter validade conceitual, quando se apresentam autonomamente (SARLET, 2019, p. 1290)

Por isso que nos sistemas em que os juízes exercem o controle de constitucionalidade diante de qualquer lide concreta e, no mesmo passo, há uma Corte Constitucional, mediante via direta, para realizar esse controle, há, em realidade, controle difuso decorrente das formas incidental e principal (SARLET, 2019, p. 1290).

O Brasil seguiu, inicialmente, o sistema norte-americano, posteriormente evoluindo a um sistema misto e peculiar, que combina os critérios de controle difuso por via defesa com o critério de controle concentrado por via de ações diretas expressamente previstas no texto constitucional e reguladas por legislação especial (SILVA, 2014, p. 564-565).

Em princípio, à vista da Constituição de 1988, reduziu-se o significado de controle de constitucionalidade incidental, em razão da ampliação marcante de legitimação para propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, de modo a permitir que controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal (CANOTILHO et al, 2013, p. 2870).

Haja vista que o sistema brasileiro compreende os sistemas concentrado e difuso, cumpre analisar, abreviadamente, os mecanismos judiciais de controle de constitucionalidade, com ênfase aos meios de acesso à jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal.

Os mecanismos judiciais de controle concentrado de constitucionalidade são instrumentos jurídicos previstos tanto no texto constitucional quanto nas leis, os quais permitem ao Supremo

Tribunal Federal realizar a defesa abstrata da Constituição. A operação em comento é abstrata porque não visa à defesa de interesses particulares, mas sim a tutela do ordenamento jurídico como um todo (BULOS, 2015, p. 238).

De início, menciona-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade, que é a principal integrante do controle concentrado de constitucionalidade, e tem como objetivo, mesmo sem existir um caso concreto, apreciar a constitucionalidade das leis e atos normativos (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 656).

Referida ação dá ensejo a um processo objetivo de defesa da Constituição Federal, sem vistas a tutelar casos concretos, pois sua finalidade é eliminar leis ou atos normativos inconstitucionais, e é de índole concentrada, pois só compete ao Supremo Tribunal Federal apreciar a matéria (BULOS, 2015, p. 254).

Frisa-se que as ofensas arguidas no controle concentrado devem ser diretas ao texto constitucional, pois os eventuais casos de inconstitucionalidade reflexa, em que a análise de conformação com o ordenamento exige prévia análise da legislação infraconstitucional, não ensejam ação direta (MENDES, 2017, p. 1273).

Prosseguindo, a Ação Declaratória de Constitucionalidade pressupõe controvérsia a respeito da constitucionalidade da lei, o que é aferido pela existência de maciças ações nas quais se impugnam a constitucionalidade de determinada lei e sua finalidade imediata é, justamente, a solução dessas pendências (SILVA, 2014, p. 59).

Nesse sentido, o instituto possui um escopo claro e inconfundível de banir incertezas e inseguranças decorrentes de interpretações maliciosas ou traumatizantes da Constituição, de modo a ratificar ou não a presunção de que uma dada norma jurídica é constitucional (BULOS, 2015, p. 317).

Logo, sua função é transformar a constitucionalidade relativa em presunção de constitucionalidade absoluta, não admitindo decisões e atos administrativos em sentido diverso, haja vista o efeito vinculante da decisão (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 727).

Adiante, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é, também, um mecanismo de defesa abstrata da constituição que se destina a combater a inércia legislativa, a qual não é cabível contra qualquer omissão do poder público, mas somente quanto às omissões que decorram de ausência ou insuficiência do dever de complemento normativo (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 743).

Em geral, fala-se que a finalidade é cientificar o Poder Legislativo para que ele edite normas suficientes à regulamentação de alguns preceitos constitucionais, de modo que se mostrem eficazes e exequíveis (BULOS, 2015, p. 342).

No entanto, parcela da doutrina destaca o direcionamento dessa ação ao Poder Executivo também, pois o objetivo desse controle abstrato é a inconstitucionalidade morosa dos órgãos competentes à concretização da norma constitucional, incluindo-se não só a atividade legislativa, mas a atividade tipicamente administrativa que pudesse, de alguma forma, afetar a efetividade da Constituição (MENDES, 2017, p. 1298).

Ademais, cita-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como mecanismo especial de controle de normas, permitindo aos legitimados (art. 103, da Constituição Federal Brasileira de 1988) levarem ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal a ocorrência de desrespeito às normas constitucionais.

Importante salientar que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental não pode ser utilizada para a defesa de toda a Constituição – leia-se de quaisquer normas constitucionais – mas somente daqueles preceitos que venham a ser considerados fundamentais.

Tecnicamente, os preceitos fundamentais são os que informam o sistema constitucional e estabelecem comandos basilares e imprescindíveis à defesa dos pilares da manifestação constituinte originária, vindo à tona a natureza híbrida da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, pois a despeito de participar do controle concentrado, o debate constitucional que suscita busca solucionar uma questão prejudicial, ocorrida ao longo de uma demanda, em sede de controle difuso (BULOS, 2015, p. 329).

A hibridez da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental mostra-se evidente, à medida que tanto pode dar guarida à impugnação ou questionamento direto de lei ou ato normativo federal quanto acarretar provocações a partir de situações concretas, que conduzam à impugnação de lei ou ato normativo (MENDES, 2017, p. 1363)

Findada a exposição sobre os principais mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade, forçoso discorrer sobre o controle difuso, cuja característica singular é a exigência de que sua criação e desenvolvimento se dê em uma controvérsia real, decorrente de uma situação objetiva, isto é, derive de um caso concreto.

Remetendo-se à etimologia da palavra, difuso é algo espalhado, disseminado. Por sua vez, o controle difuso de constitucionalidade é aquele que pode ser feito por qualquer juiz ou Tribunal, desde que haja um caso concreto e que a inconstitucionalidade seja matéria incidental (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 625).

Isto é, o controle difuso de constitucionalidade é exercido por qualquer órgão judicial, porém sua decisão é feita sobre a questão prévia, não sobre o objeto principal da lide, que tem o condão, apenas, de afastar a incidência da norma viciada (MENDES, 2017, p. 1206).

Embora os juízos singulares possam declarar a inconstitucionalidade de algumas normas, em se tratando de decisões proferidas por Tribunais, há a incidência da cláusula de reserva de plenário, consubstanciada no art. 97, da Constituição Federal Brasileira de 1988: “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do Poder Público”, de modo a evitar que qualquer órgão fracionário de um Tribunal ou apenas um julgador, isoladamente, declare a lei inconstitucional.

Diferentemente do que ocorre com o controle concentrado de constitucionalidade, cujos efeitos são vinculantes e direcionados a todos, os efeitos do controle difuso de constitucionalidade aplicam-se somente às partes, pois não haveria sentido em estender os efeitos dessa decisão a outras pessoas que sequer tiveram a possibilidade de opinar ou influir no processo. (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 642)

Ao passo que qualquer jurisdicionado pode ter acesso ao controle de constitucionalidade nos mais diversos órgãos do Poder Judiciário, uma vez que todo magistrado detém o poder-dever em declarar a inconstitucionalidade de uma norma, existem meios de acesso específicos à jurisdição constitucional difusa do Supremo Tribunal Federal.

Dentro do sistema de controle difuso de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal tem competência para apreciar mandados de segurança e *Habeas Corpus*, ações rescisórias e revisões criminais de seus julgados, crimes políticos, mandado de injunção, extradição solicitada por estrangeiro, reclamação para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões, *Habeas Data*, infrações criminais e demais ações previstas no art. 102, I, da Constituição Federal (MENDES, 2017, p. 1217-1218), como já exposto acima, revelando-se despiciendas quaisquer outras considerações para o intento nevrálgico desta investigação científica.

O mecanismo de maior interesse a este estudo é o recurso extraordinário, que é o principal meio de acesso à jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, viabilizando a impugnação das decisões das instâncias inferiores.

Nos termos do art. 102, III, da Constituição Federal Brasileira de 1988, compete ao Supremo Tribunal Federal:

mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a

inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (BRASIL, 1988)

O dispositivo mencionado evidencia que a decisão acerca da questão constitucional, proferida de maneira incidental em processo voltado ao exame do caso concreto, assim como decisão proferida em Ação Direta de Inconstitucionalidade de competência dos Tribunais de Justiça estaduais podem chegar ao Supremo Tribunal Federal mediante recurso extraordinário (SARLET, 2019, p. 1348), isto é, as possibilidades são as mais diversas possíveis.

A importância do recurso extraordinário é sintetizada, com clareza solar, por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (2002, p. 39): “assegurar a inteireza positiva; a validade; a autoridade e a uniformidade da interpretação da Constituição”.

Nesse sentido, a despeito do fato de que os recorrentes interponham com indissimulável intento de satisfazer pretensões próprias, o recurso extraordinário foi criado pela Constituição Federal com a finalidade precípua em resguardar a hegemonia constitucional. Em outras palavras, mediante o julgamento do recurso extraordinário, o órgão de cúpula do Poder Judiciário exerce a função jurisdicional com o transcendental objetivo de indicar aos demais órgãos de seu Poder e à nação o sentido, alcance e vontade das normas constitucionais, propondo-se a assegurar interpretação e aplicação uniformes do direito, tanto quanto possível (BERMUDES, 2019, p. 147).

O recurso extraordinário somente é cabível quando inexistente outro recurso para impugnar a decisão judicial recorrida, isto é, sua admissibilidade é subordinada ao chamado esgotamento de instância (SARLET, 2019, p. 1349).

Faz-se mister mencionar, ainda, no que tange à admissibilidade do recurso extraordinário, a Súmula n. 282 do Supremo Tribunal Federal, que exige o prequestionamento da matéria na instância inferior, e a Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal, cujos ditames impedem o conhecimento do meio de impugnação extraordinário para simples reexame ou reavaliação das provas.

Outro fato relevante à admissibilidade do recurso extraordinário é a demonstração de repercussão geral, como prevê o art. 102, § 3º, da Constituição Federal Brasileira de 1988:

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

A caracterização da repercussão geral está condicionada à conjugação da relevância, seja ela do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, e transcendência, exigindo que o pleito transcenda o interesse subjetivo das partes na causa. Isto é, o recurso extraordinário deve contribuir

à persecução de unidade do direito, de forma que promova a compatibilização e desenvolvimento dos problemas de ordem constitucional (SARLET, 2019, p. 1354).

Tema bastante controvertido, a análise sobre a existência da repercussão geral é realizada pelo Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, como determina o art. 323, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2020, p. 141-146).

O Ministro Relator submete determinado tema à votação em sessão eletrônica, na qual manifesta-se pelo reconhecimento ou rejeição da repercussão geral, incluindo-se, na sequência, a matéria do Plenário Virtual. Então, os outros Ministros possuem prazo de vinte dias para se pronunciar, sendo que a ausência de pronunciamento presume a concordância com a posição tomada pelo Ministro Relator (MENDES, 2017, p. 1221).

Critica-se o requisito de repercussão geral, porque é conferido ao Supremo Tribunal Federal o poder de selecionar os casos que deve julgar. Essa outorga de poder de seleção dos casos a examinar, assim como a prerrogativa em definir os requisitos e condições em que se deve reconhecer este poder, aparece como assunto de preocupação política (SARLET, 2019, 1352).

Não poderia ser diferente, porque, para além de um poder exacerbado de definir quais casos julgará, os próprios critérios à definição da repercussão geral são demasiadamente elásticos e vagos, em descompasso à segurança jurídica exigida.

Finalmente, embora, em regra, as considerações tecidas sobre controle de constitucionalidade sejam aplicáveis a todos os ramos do direito, quando se está a tratar de controle de constitucionalidade em matéria penal, imprescindível que o controle seja ainda mais rigoroso do que aqueles destinados a averiguar a legitimidade constitucional de outros tipos de intervenção legislativa.

Dado o seu caráter interventivo de alta intensidade em direitos fundamentais, no âmbito de controle de constitucionalidade concernente ao direito penal e processual penal, exige-se que sua fiscalização jurisdicional da adequação constitucional se inteire dos diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador (MENDES, 2017, p. 1151).

Essa questão será melhor elucidada pelo segundo capítulo, no qual se discorrerá sobre a pretensão punitiva e executória das penas e sobre os fundamentos centrais da prescrição, bem como no terceiro capítulo, ocasião na qual se esmiuçarão os limites da hermenêutica constitucional frente ao direito penal.

### **3 PRESCRIÇÃO PENAL: CLASSIFICAÇÃO, FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA, DEFINIÇÃO LEGAL E APORTES NORMATIVOS E DOUTRINÁRIOS**

Este capítulo objetiva analisar o instituto da prescrição, a partir da ideia de surgimento da pretensão punitiva, em razão do cometimento de eventual delito, e da pretensão executória, que surge após a aplicação de uma sanção em um processo regular.

Na sequência, busca-se classificar a prescrição no escopo das causas de extinção da punibilidade, bem como abordar os fundamentos teóricos mais aceitos pela doutrina, para, então, investigar o instituto no âmbito do ordenamento jurídico pátrio.

Finalmente, o capítulo se ocupará do termo inicial da prescrição da pretensão executória, inter-relacionando-o com as normas – regras e princípios – que fornecem subsídios à sua definição, com ênfase no princípio da presunção de inocência, no princípio da legalidade, no trânsito em julgado e na coisa julgada.

#### **3.1 O PODER DE PUNIR E AS PRETENSÕES PUNITIVA E EXECUTÓRIA**

À vista da já mencionada constitucionalização das normas jurídicas, o direito penal assume a função de proteção subsidiária de bens jurídicos fundamentais, amparada em princípios limitadores da atividade de persecução penal, que são garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal.

Isto é, se por um lado o direito penal se apresenta como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes, por outro, revela-se como um conjunto de valorações e princípios que orientam a aplicação e interpretação das normas penais (BITENCOURT, 2020, p. 89).

As normas incriminadoras estão sempre sujeitas a violações. É da natureza do próprio direito a possibilidade de infrações aos comandos normativos, transgressões que, quando revestidas de gravidade, por atentar a valores considerados necessários à ordem social, provocam reações do Poder Público, o qual prevê sanções penais aos transgressores (REALE, 2002, p. 244-245).

Nessa senda, o princípio da legalidade constitui efetiva limitação ao poder punitivo conferido ao Estado, isto é, uma garantia material que ofereça a necessária segurança jurídica para o sistema penal, o que deriva na correspondente exigência, dirigida ao Poder Legislativo, de determinação das condutas puníveis, que também é conhecida como princípio da taxatividade ou mandato de determinação dos tipos penais (BITENCOURT, 2020, p. 119).

Também representada pelo brocardo latino “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, essa garantia está incorporada na Constituição Federal de 1988, a qual dispõe, em seu art. 5º, XXXIX, que: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Em razão da sua natureza, cuja problemática envolve o problema substancial da liberdade humana, o ordenamento jurídico penal se distingue, pois, dos demais, justamente pelos princípios da legalidade estrita e da tipicidade (REALE, 2002, p. 244).

Logo, as normas penais incriminadoras criam para o Estado, como seu único titular, o direito de punir abstratamente. Exclusivamente, o Estado passa a ter o direito de exigir que os cidadãos não cometam os fatos nelas descritos e esses têm, por sua vez, a obrigação de não realizar a infração penal determinada. Caso cometida a infração penal, o direito de punir, que era considerado abstrato, passa a ser concreto (JESUS, 2008, p. 1).

Se antes o Estado tinha o direito de exigir a abstenção da prática criminosa, na hipótese de realização do fato delituoso, a relação entre o Estado e o cidadão delinquente, anteriormente de estrito cumprimento legal, consubstanciado no preceito primário da lei incriminadora, busca guarida no preceito secundário, o qual comina a sanção, definida como relação jurídico-punitiva (JESUS, 2008, p. 1).

A possibilidade de sanção ao transgressor das normas incriminadoras, as quais são normas de comportamento, impostas pelo Estado, só é vislumbrada após a comprovação da presença dos elementos consignados na teoria geral do delito, isto é, tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Só a partir desse momento, respeitadas as garantias jurisdicionais, é que se pode falar, categoricamente, em um poder-dever do Estado em fazer cumprir o preceito secundário da norma incriminadora, a imposição concreta de uma pena (MACHADO, 2000, p. 68).

Importante ressaltar que, após a constatação dos elementos do crime, estabelece-se o *jus puniendi* concreto, um verdadeiro poder-dever de punir, não simplesmente uma faculdade de punir, pois o Estado é incumbido dessa função. Portanto, fala-se em uma relação real, de natureza jurídico-penal, entre o Estado e o autor do delito, porquanto aquele exerce seu poder de punir, cominando sanções penais e executando-as, enquanto esse tem o dever de se submeter aos preceitos legais (JESUS, 2008, p. 1-2).

Essa relação jurídico-penal nasce, então, a partir do cometimento do delito e, conseqüentemente, da punibilidade. Revela-se, então, a pretensão punitiva como a exigência do poder-dever de punir, que é deduzido em juízo mediante procedimento regular, uma vez que essa prerrogativa não pode se dar por coação direta (JESUS, 2008, p. 4).

Tecnicamente, pretensão se refere a um ato de solicitação com veemência, ou seja, uma exigência. Constatando-se a existência de duas pretensões opostas, surge uma disputa que, levada ao Poder Judiciário, leva a denominação de lide. E se uma das pretensões do Estado é, justamente, aplicar as sanções penais aos autores dos delitos – leia-se punir os criminosos – denomina-se isso pretensão punitiva, que corresponde ao *jus puniendi*, ou seja, o direito de punir que exsurge a partir do cometimento de crimes por parte dos subordinados à lei (SANTOS, 2007, p. 214).

Em outras palavras, com a prática do crime, o direito punir, que antes era abstrato, concretiza-se em um conflito entre o direito estatal, delimitado pelo princípio da legalidade, e o direito da liberdade do indivíduo (BITENCOURT, 2020, p. 2169).

Antes da sentença transitar em julgado, surge a pretensão punitiva, cujo titular é o Estado, exigindo-se do Poder Judiciário a prestação jurisdicional formulada na acusação. Após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, há a transformação do *jus puniendi* concreto em *jus executionis*, ou seja, a pretensão punitiva é convertida em pretensão executória da pena (BITENCOURT, 2020, p. 2169).

Partindo-se do pressuposto de que a pretensão punitiva é a exigência de punição e que a punibilidade é a possibilidade jurídica da imposição penal, o cometimento do delito dá vida à pretensão punitiva, desde a prática do crime até o trânsito em julgado, salvo causa extintiva intercorrente. E, diante da impossibilidade de recorrer da condenação, pelo exaurimento dos recursos cabíveis, o poder-dever do Estado, manifestado pelo *jus executionis*, ainda se manifesta pela pretensão punitiva, como um prolongamento do *jus punitiois*, vindo à tona, portanto, a pretensão executória penal (JESUS, 2008, p. 4).

Mister pontuar que, assim como a pretensão punitiva, a pretensão executória não pode ser exercida diretamente pelo Estado-Administração, haja vista que não cabe ao Poder Executivo, por intermédio da coação direta, exercer o *jus punitiois* concreto e o *jus executionis*, pois dependem da jurisdição. Impossível, então, que a sanção penal seja aplicada ou executada sem processo, pois se o *jus executionis* é um prolongamento do direito de punir concreto, urge que a definitiva execução penal seja exercida após a ordem judicial determinada por autoridade competente (JESUS, 2008, p. 2).

No entanto, como titular exclusivo do Direito de punir, o Estado pode dispor dessa prerrogativa, sobretudo quando vislumbradas circunstâncias que demonstrem a prescindibilidade da punição, nas hipóteses em que a pena não pode mais produzir efeitos úteis ao corpo social, caindo por terra a razão de aplicação da pena, evitando-se males injustificados à pessoa já reintegrada (MACHADO, 2000, p. 69).

Constatado o fato delituoso, consecutivamente surge ao Estado o direito de punir, chamado de pretensão punitiva. Todavia, existem critérios que limitam o exercício do direito de punir, levando-se em consideração a gravidade da conduta e a sanção correspondente, haja vista que esse poder-dever não pode eternizar-se como uma espada de Dâmocles na cabeça dos subordinados à lei (BITENCOURT, 2020, p. 2162).

### 3.2 A PRESCRIÇÃO PENAL COMO CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Dentro desse contexto de limitação da pretensão punitiva e executória, encontra-se a extinção da punibilidade como gênero, da qual a prescrição é espécie. Sinteticamente, a prescrição é a causa de extinção da punibilidade, em razão da qual o Estado, como titular do exclusivo do Direito de punir, perde o poder-dever em aplicar ou executar o preceito secundário dos tipos penais por ele estabelecidos, como consequência do seu não exercício em determinado lapso (MOUGETON, 2019, p. 1045).

A punibilidade é consequência jurídica da prática do delito, isto é, uma relação jurídico-punitiva estabelecida entre o Estado e o delinquente. Por isso que o conceito de punibilidade é mais abrangente que o conceito de pena, vez que aquela é efeito jurídico, jamais um elemento ou requisito do crime (JESUS, 2008, p. 3).

Não obstante existam causas de extinção da punibilidade previstas em outros dispositivos, o elenco principal se encontra no art. 107, do Código Penal, dentre elas a morte do agente, anistia, graça, indulto, *abolitio criminis*, decadência, perempção, renúncia, perdão, retratação do agente, perdão judicial e, claro, a prescrição.

Conquanto o mero decurso de tempo em relação à prática de um delito não constitua razão suficiente para se apagar a extensão dos danos aos bens jurídicos violados, consequências do delito, repercussão, ojeriza à sociedade, em determinadas circunstâncias, entretanto, o transcurso de tempo, sem a efetiva execução da pena, faz com que cesse a coerção penal. A passagem de determinado período conduz o Estado a renunciar o seu poder-dever de punir, do mesmo modo como se dá a extinção da ação penal que não chega à decisão condenatória terminativa (ZAFFARONI, 2015, p. 670).

No mesmo sentido, o não exercício do *jus puniendi* por parte do Estado conduz, inarredavelmente, à perda desse direito de punir em face de lapsos transcorridos, previamente delimitados de acordo com a legislação (PRADO, 2014, p. 374).

Logo, a prescrição corresponde à perda do direito de punir em decorrência da inércia e ineficiência estatais, que não exercitou o direito dentro do lapso previamente fixado, constituindo, portanto, instituto de direito material, embora algumas de suas consequências influam sobre a ação penal e na condenação (PRADO, 2014, p. 374).

A doutrina nacional pátria é sólida no sentido de se considerar a prescrição penal como perda do poder-dever de punir do Estado por não exercer a pretensão punitiva ou a pretensão executória durante certo tempo.

A diferença do instituto abordado neste trabalho com a decadência e a perempção – que também constituem causas extintivas da punibilidade –, por exemplo, reside no fato de que a prescrição atinge, em primeiro lugar, o direito de punir do Estado e, conseqüentemente, extingue o direito de ação. As outras duas referidas causas de extinção de punibilidade, ao contrário, alcançam primeiro o direito de ação, tendo como consectário lógico a perda, por parte do Estado, da pretensão punitiva (JESUS, 2008, p. 17).

Embora não seja o foco do trabalho abordar a natureza – material ou processual – da prescrição, o que ainda instiga profícuos debates, sob uma ou outra forma, a prescrição é uma circunstância extintiva de pena.

Significa dizer que a prescrição não só impede o processo, como também extingue o direito de punir. Como se trata da prescrição do direito, e não tão somente mera prescrição da ação, ela pertence, em razão da sua matéria e natureza, não ao direito processual, e sim ao direito material (LISZT, 2004, p. 476-477).

E se a punibilidade é a possibilidade jurídica da imposição da sanção, ou seja, vinculada à pena, trata-se de questão essencialmente penal, uma vez que a prescrição, como causa de extinção de punibilidade, outra colocação não se lhe poderia atribuir senão a de instituto de direito material (SANTOS, 2010, p. 33).

A despeito de ter uma natureza eminentemente material, a prescrição está intrinsecamente ligada à ideia de duração razoável do processo, ou da garantia do processo no prazo razoável, cujo âmbito de proteção diz respeito à impossibilidade de o cidadão se submeter a um processo penal sem dilações indevidas ou por tempo indeterminado (BADARÓ, 2020, p. 87).

Isso porque a prescrição é concebida como a perda do poder punitivo do Estado pelo decurso de tempo, significando que, quando uma pessoa pratica determinada infração penal, surge ao Estado o poder de punir, como já exposto alhures.

Todavia esse poder jamais poderia perdurar eternamente. Nenhum sujeito pode permanecer submetido por toda a sua vida na expectativa de ser condenado, ou sofrer uma execução penal, quando o Poder Público for ineficiente, desidioso ou negligente (MARTINELLI, 2020, p. 1267).

Porquanto o Estado, mesmo que tenha a seu favor toda a estrutura legislativa, investigativa, acusatória e jurisdicional, não impuser ou executar determinada condenação em tempo viável – e razoável –, perde a legitimidade para imposição de quaisquer penas. Por isso que a prescrição é um instituto jurídico imprescindível à manutenção do Estado Democrático de Direito, cuja base reside na dignidade da pessoa humana, isto é, uma verdadeira garantia constitucional (MARTINELLI, 2020, p. 1267).

Em arremate, o decurso de certo espaço de tempo faz com que o Estado perca seu *jus puniendi*, ensejando a ocorrência de prescrição, concernente à perda do direito de punir, e não a renúncia ao direito de punir.

Porquanto o Estado pode renunciar ao seu exclusivo direito de punir nas hipóteses de anistia, graça ou indulto, nas quais, não obstante possa levar a efeito o seu direito de punir, ele abre mão desse direito, em oposição à ocorrência da prescrição, quando, mesmo querendo exercer essa prerrogativa, não pode exercê-la, diante do transcurso de tempo fixado por lei (GRECO, 2016, 853).

Conclui-se, portanto, que o Estado, pela ausência de capacidade em fazer valer o seu direito de punir, seja por ineficiência ou morosidade, em determinado espaço de tempo, faz com que se extinga a punibilidade, em relação ao delito que, anteriormente, tinha condições de lhe impor ou executar sanções de natureza penal, mas que, por algum motivo, deixou de exercer suas prerrogativas, não podendo o indivíduo estar submetido, por tempo indeterminado, ao alvedrio punitivo (GRECO, 2016, p. 853).

### 3.3 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA PRESCRIÇÃO

Superadas as questões relativas ao poder de punir, surgimento das pretensões punitiva e executória e delimitada a prescrição como causa de extinção da punibilidade, faz-se mister discorrer brevemente sobre os fundamentos teóricos da prescrição, antes de adentrar, propriamente, na investigação sobre a prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória no ordenamento jurídico brasileiro.

É sabido que vários fundamentos e teorias surgiram ao longo dos anos para justificar e amparar a necessidade da prescrição, destacando-se, entre eles, o esquecimento a respeito da infração

penal, o desaparecimento do imperativo de exemplo e coação ao meio social, a dispersão de provas (natureza processual) e o fator da tranquilidade ao delinquente, tendo em vista a necessidade de cessar a perseguição eterna e indeterminada das penas (GRECO, 2018, p. 320).

Longe de querer adentrar a fundo nas teorias fundantes da prescrição ou concluir pela proeminência de uma ou outra – sobretudo porque o instituto em questão surgiu no direito romano, com o objetivo de que os prazos processuais penais não se dilatassem excessivamente (MACHADO, 2000, p. 86) – busca-se no presente tópico abordar, de modo sucinto, as teorias que circunscrevem a prescrição para fins de embasamento teórico e densidade do trabalho científico, no que tange ao termo inicial da prescrição da pretensão executória.

Segundo a teoria do esquecimento, a prescrição pode ser justificada a partir da premissa de que o tempo provoca o esquecimento da sociedade acerca dos delitos praticados e, conseqüentemente, deixa de existir um legítimo e atual interesse social na punição dos delinquentes. Além, se a punição intenta a busca da pacificação do corpo social e se o tempo tratou da cicatrização das feridas provocadas, não há razão que sustente a necessidade de reabertura de chagas, a pretexto de curá-las (SANTOS, 2010, p. 38).

Ao considerar que a prescrição cessa a exigência de uma reação contra o delito, presume a lei que o tempo é apto, ao menos, a atenuar ou enfraquecer as recordações dos delitos, ainda que não cancele a memória de todos as infrações penais e acontecimentos humanos (BITENCOURT, 2020, p. 2166).

Pois se a intervenção do Estado é determinada pelo alarma social, no que tange à repressão das infrações penais, verificada a decorrência de determinado período de tempo sem a devida repressão, a inquietação da sociedade desaparece paulatinamente, e, como consequência, desaparece o interesse que fez valer a pretensão punitiva (BITENCOURT, 2020, 2166).

Nesse sentido, a teoria considera que o decurso de tempo entre a ocorrência do crime, sem o exercício da pretensão punitiva ou pretensão executória, enseja o esquecimento por parte da sociedade, caindo por terra o interesse a ser protegido (MACHADO, 2000, p. 89).

Especialmente no que tange à execução da pena, o decurso de tempo faria com que ela deixasse de ser exemplar, isto é, contrário ao interesse social em manter indefinidamente um cidadão sob o peso de uma imputação delituosa. A depender do tempo transcorrido e da gravidade do delito, há menos interesse em punir, uma vez que o desaparecimento do dano imediato e da comoção hodierna, somado à perda da razão política da pena, enseja o esquecimento do crime, não restando alguma memória na consciência pública (MACHADO, 2000, p. 90).

As críticas quanto à teoria têm seus argumentos centrais fundados na (i) impossibilidade de se definir, com precisão, o que seria o “esquecimento social”, uma vez que esse conceito não é nada palpável ou apreciável, (ii) existência de crimes que são desconhecidos pelo Poder Público e pela sociedade e (iii) a prática de crimes bárbaros e horrendos, que dificilmente são esquecidos pela população em geral (MACHADO, 2000, p. 39-42).

Por sua vez, os adeptos da teoria da expiação ou do criminoso ou da moral, a pena perderia seu fundamento, derruindo todos os motivos do Estado para desencadear a punição, em razão da inércia do Estado e, em seguimento, o transcurso de tempo, pois o longo lapso decorrido, sem que o criminoso pratique outro delito, indicaria sua readaptação ou reajustamento social, cumprindo, desse modo a função da pena (BITENCOURT, 2020, p. 2166).

Na hipótese de reiteração delitiva, o decurso de tempo não seria apto a regenerar o sujeito ativo do delito, situação que foi prevista pela legislação brasileira, ao considerar que o prazo da prescrição da pretensão executória é interrompido pela reincidência (BITENCOURT, 2020, p. 2166).

Entende-se que o longo desenvolvimento de um procedimento criminal provoca no delinquente uma profunda angústia decorrente da reflexão do ocorrido. Ainda que não haja, propriamente, uma persecução criminal – investigação, acusação e condenação judicial –, presume-se que o infrator seria tomado de remorso e sofrimento, de tal modo que seria despidianda a aplicação da pena (SANTOS, 2010, p. 43).

Com facilidade se percebe que essa teoria está incorporada nas reflexões do saudoso jurista Cesare Bonesana Beccaria, ao dispor que:

Quando um delito é constatado e as provas são certas, é justo conceder ao acusado o tempo e os meios de justificar-se, se lhe for possível; é preciso, porém, que esse tempo seja bem curto para não retardar demais o castigo que deve seguir de perto o crime, se se quiser que o mesmo seja um freio útil contra os culpados. Um mal-entendido amor da humanidade poderá condenar logo essa presteza, a qual, porém, será aprovada pelos que tiverem refletido sobre os perigos múltiplos que as extremas procrastinações da legislação fazer correr à inocência. [...] Quando se trata desses crimes atrozes cuja memória subsiste por muito tempo entre os homens, se os mesmos forem provados, não deve haver nenhuma prescrição em favor do criminoso que se subtrai ao castigo pela fuga. Não é esse, todavia, o caso dos delitos ignorados e pouco consideráveis: é mister fixar um tempo após o qual o acusado, bastante punido pelo exílio voluntário, possa reaparecer sem recear novos castigos. Com efeito, a obscuridade que envolveu por muito tempo o delito diminui muito a necessidade do exemplo, e permite devolver ao cidadão sua condição e seus direitos com o poder de torná-lo melhor.<sup>2</sup>

A par desse entendimento, compreende-se ser indiscutível que o Estado, ao retardar ou descuidar de seu poder-dever quanto ao exercício da função punitiva, não tem o direito de alongar a situação de insegurança pessoal e intranquilidade em que vive o criminoso, embora essas

---

<sup>2</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos delitos e das penas. Tradução: Flório De Angelis. Bauru: Edipro, 1993, p. 41.

consequências morais estejam longe de se igualar aos sofrimentos decorrentes da aplicação de uma pena (CARVALHO FILHO, 1958, p. 213).

Em sentido contrário, mesmo que se considere o desassossego do criminoso, o crescimento dos índices de reincidência revela que a perturbação ao estado de espírito não se encontra na maioria dos infratores, tendo em vista que, para alguns deles, a prática de um ou mais crimes é mera rotina, não se podendo falar em presunção de sofrimento (SANTOS, 2010, p. 44).

De menor expressividade e como um desdobramento da teoria da expiação, a teoria da emenda constitui uma espécie de concretização do arrependimento simplesmente moral supostamente encadeado na personalidade do infrator (SANTOS, 2010, p. 44).

A prescrição se justificaria por presunção absoluta, nas hipóteses em que, após o decurso de tempo – antes da condenação ou do início do cumprimento da pena – o autor do delito demonstrasse que não oferece mais perigo ao meio social, cujo critério principal à avaliação seria a ausência de notícia de eventual reincidência (SANTOS, 2010, p. 45).

Isto é, decorrido o prazo prescricional estabelecido pela legislação, e constatada a inexistência de novas transgressões às normas penais, mostra-se descartável a aplicação da sanção, pois se parte da presunção de que o criminoso se redimiou de seus atos (MACHADO, 2000, p. 92).

Adiante, a teoria psicológica tem sua razão basilar no fato de que o sujeito que é submetido a um julgamento perante o Poder Judiciário não é a mesma pessoa, essencialmente, que praticou o delito, muito menos o mesmo cidadão que é condenado e está diante do órgão de execução penal. Pois, se a ressocialização do indivíduo se produz por si só, sem a intervenção do Estado e, conseqüentemente da coerção penal, o sentido do cárcere, ou de quaisquer outras penas, ficaria sem sentido (ZAFFARONI, 2015, p. 671).

Isso porque o tempo muda a constituição psíquica do culpado, de modo a eliminar o nexo psicológico entre o fato delituoso e o sujeito ativo do crime. Em outras palavras, será outro indivíduo quem irá sofrer a pena, jamais aquele que, em outras condições de espaço, tempo e modo, praticou o crime no passado, em razão do decurso de tempo (BITENCOURT, 2020, p. 2168).

Ao diferenciar a teoria psicológica da teoria da emenda, importante é a lição de Fábio Guedes de Paula Machado (2000, p. 93), em sua obra referente à prescrição funcionalista:

Próxima da teoria da emenda como tese fundamentadora da prescrição, levando em consideração razões subjetivas, a presente teoria não se confunde com esta. Sustenta a mesma ideia da alteração da constituição psíquica do culpado em razão do decurso de tempo, porque se eliminou o nexo psicológico entre o fato e o agente, pelo decurso do tempo. Assim, o infrator será outro indivíduo, diverso daquele anteriormente reconhecido como culpado, de forma que, não se justificaria a imposição da pena devido à perda de seu valor e finalidade.

Uma crítica em relação a essa teoria sustenta que ela violaria a concepção de responsabilidade subjetiva, a qual é regra no direito penal, bem como constitui garantia constitucional, prevista no art. 5º, XLV, da Constituição Federal Brasileira de 1988: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Esse posicionamento fica evidente com a lição de Christiano Jorge Santos (2010, p. 48), que rebate a questão da mudança do indivíduo que pratica o delito e aquele que se submete à aplicação da pena, bem como sustenta que, se se levar aos ulteriores termos, a teoria psicológica justifica a imprescritibilidade a todos os delitos:

Os adeptos deste pensamento partem da premissa de que o homem é modificado em sua estrutura psíquica com o passar do tempo. Assim, no momento do crime, seria uma pessoa e, após determinado período, ao se aplicar a pena, internamente já se trataria de alguém “diferente”. É de concluir, portanto, que levado o raciocínio à sua conclusão mais radical, alguém estaria punido pelo “crime de outro” [...] Mesmo em se admitindo a modificação, também inviável o argumento “psicológico”, pois se a modificação do indivíduo “para melhor” justificaria a prescrição, não expuseram os criadores da teoria nem seus defensores a solução para os criminosos que somente pioraram moral e comportamentalmente. Decerto, a resposta somente poderia ser a da imprescritibilidade, pois nada justificaria deixar impune alguém que no momento do cumprimento da pena revela conduta ainda mais antissocial do que à época em que o cometeu.

Além, ao se justificar a extinção da punibilidade pelo decurso de tempo, levando-se em conta a alteração psíquica do culpado, isso pode desencadear certo sentimento de impunidade por parte da sociedade, e em relação ao próprio indivíduo, uma vez que a pena não seria efetivamente aplicada, pois a execução da pena não recairia na mesma pessoa que praticou o delito, isto é, aquele que infringiu a norma penal, atingindo os bens jurídicos preconizados pela sociedade (MACHADO, 2000, p. 94).

A próxima é a teoria das provas ou da dispersão. Tão somente pelo nome da teoria, vislumbra-se seu caráter eminentemente processual, porque entende que, para além dos outros efeitos que o longo decurso de tempo pode causar ao próprio indivíduo e à sociedade, a escorregia produção de provas se mostra deficitária, ensejando prejuízos às garantias do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e duração razoável do processo.

A argumentação utilizada pelos defensores da teoria da dispersão encontra guarida tanto nas garantias processuais já mencionadas quanto na necessidade de se evitar erros judiciários, pois quanto maior o lapso entre o fato delituoso e o procedimento em contraditório, menores são as possibilidades da acusação e defesa provarem suas teses, refutarem argumentos opostos e produzirem provas de acordo com seus interesses (TRIPPO, 2004, p. 54).

O enorme hiato temporal entre a infração penal e o devido processo legal faz surgir dificuldades na produção de provas que facultem ao Poder Judiciário uma justa apreciação dos elementos probatórios e, portanto, a apuração do crime se torna mais incerta, além de prejudicar consideravelmente a defesa do acusado. Trata-se, portanto, de uma teoria de natureza eminentemente processual (BITENCOURT, 2020, p. 2166).

De outro lado, defende-se que, em alguns casos, o decurso de tempo considerável entre o fato delituoso e o procedimento penal seria vantajoso, pois o decorrer de muitos anos poderia ensejar eventuais arrependimentos, bem como alterar o regime político ou o contexto histórico de determinada sociedade civil organizada, de modo que alguns crimes inconfessáveis no passado sejam admitidos num momento futuro. É plausível, outrossim, que testemunhas receosas de represálias por parte de criminosos ou por agentes estatais de outra época, sintam-se suficientemente seguras a relatar os meandros de determinado delito, justamente pelo momento histórico distinto e alteração das relações de poder (SANTOS, 2010, p. 52).

Finalmente, urge fazer menção à teoria da presunção de ineficiência do Estado, a qual, certamente, é a mais aceita pela doutrina. Seu fundamento central para justificar a prescrição reside na negligência dos agentes públicos incumbidos do *jus puniendi* e *jus executionis*, abarcando, desse modo, as funções da polícia judiciária, Ministério Público e Judiciário (SANTOS, 2010, p. 53).

Inconcebível a situação de que um sujeito de direitos e garantias que, tendo cometido algum delito, fique subordinado, indefinidamente, ao império da vontade estatal punitiva, salvo naquelas infrações constitucionalmente consideradas imprescritíveis. Não há algum interesse, muito menos legitimidade política, em sujeitar o criminoso a um processo ou uma pena por tempo indeterminado, sobretudo quando existem prazos processuais a serem cumpridos, cuja não observância não deve pesar somente contra o réu, mas contra as próprias autoridades competentes à aplicação e execução da pena (BITENCOURT, 2020, p. 2167-2168).

Sustenta parcela da doutrina que essa teoria advém do Direito Civil e seus institutos, principalmente da prescrição aquisitiva da propriedade, em notória analogia civilista. Porquanto, se há negligência ou desídia estatais em fazer cumprir a norma, o criminoso não pode ser prejudicado (MACHADO, 2000, p. 98).

Seja em razão da má-fé ou negligência das autoridades constituídas pelo Estado, o percurso temporal exacerbado permite que o infrator não seja punido, pois surge a presunção de negligência por parte do Estado no exercício da pretensão punitiva ou pretensão executória (MACHADO, 2000, p. 98).

Não seria nem um pouco justo que a angústia decorrente do processo penal – incluindo-se a investigação e acusação – se eternize, porquanto a dúvida sempre milita a seu favor, ressalvadas as situações excepcionalíssimas de enorme interesse coletivo, que dizem respeito aos fatos delituosos que a Constituição Federal considera imprescritíveis (SANTOS, 2010, p. 54).

Por isso que essa teoria tem íntima ligação com a garantia constitucional da razoável duração do processo, como assevera Cezar Roberto Bitencourt (2020, p. 2196):

A organização política e jurídica de todas as nações independentes confere ao Estado as condições, os meios e toda a estrutura necessária para desenvolver a persecução penal em prazo razoável, nos moldes assegurados não apenas pelos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos como também pela nossa Carta Maior (art. 5º, inc. LXXVIII). Não se pode ignorar que a excessiva demora (além do prazo razoável) da prestação jurisdicional efetiva deve-se exclusivamente à inoperância do Estado, que, com frequência, não cumpre suas funções institucionais em tempo razoável. O ônus da inoperância do Estado não pode mais recair sobre os ombros do cidadão acusado, preso ou solto.

Parcela dos estudiosos, entretanto, considera que a atribuição de culpa ao Estado, quando é sabido que inúmeros crimes sequer chegam ao conhecimento das autoridades competentes, especificamente da polícia, não seria razoável, pois, em muitos casos, os órgãos estatais sequer tiveram conhecimento do fato (FERRARI, 1998, p. 77).

Ademais, essa teoria não teria aplicação em relação à pretensão executória, porque nesses casos a culpa já está formada e, conseqüentemente, há a exigência social de que o criminoso deve sujeitar-se à pena já imposta, após o devido trâmite processual, devendo arcar com a responsabilidade de seus atos, mormente nos casos de crimes graves e horrendos (SANTOS, 2010, p. 54).

### 3.4 A PRESCRIÇÃO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Encaminhando-se ao cerne da questão desta investigação científica, o presente tópico abordará as espécies de prescrição previstas no Código Penal brasileiro, dando ênfase à prescrição da pretensão executória e, obviamente, seu termo inicial.

Sinteticamente, o Código Penal dispõe sobre duas espécies principais de prescrição, a prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória, previstas, respectivamente, nos arts. 109 e 110, ambos do Código Penal.

ImproPRIAMENTE chamada de prescrição da ação penal, a prescrição da pretensão punitiva ocorre antes do trânsito em julgado da sentença final, ao passo que a prescrição da pretensão executória, comumente chamada de prescrição da pena ou da condenação, ou ainda, de prescrição da execução penal, dá-se após o trânsito em julgado do édito condenatório. Ainda, dentro da espécie

“prescrição da pretensão punitiva”, extrai-se a prescrição retroativa e a prescrição intercorrente, ambas com previsão no art. 110, § 1º, com redação dada pela Lei 12.234/2010 (ZAFFARONI, 2015, p. 671-672).

Em reforço, a crucial diferença entre as principais espécies – prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória – diz respeito ao momento em que a prescrição ocorre, e não ao momento em que é reconhecida.

Pois a prescrição, em matéria criminal, é de ordem pública, razão pela qual pode ser declarada pelo Poder Judiciário de ofício, ou a requerimento das partes, independentemente da fase processual, nos termos do art. 61, do Código de Processo Penal. Sua relevância é tamanha que pode ser pleiteada por meio de *Habeas Corpus* ou da revisão criminal (ZAFFARONI, 2015, p. 672).

Logo, se ocorrer antes do trânsito em julgado, e só for reconhecida depois dele, fala-se em prescrição da pretensão punitiva e não da pretensão executória, isto é, até mesmo em fase execução da pena se pode alegar a prescrição da pretensão punitiva, dado o seu caráter público (MOUGENOT, 2019, p. 1046).

### **3.4.1 A prescrição da pretensão punitiva**

A prescrição da pretensão punitiva se refere, por óbvio, à inércia estatal quanto ao exercício da pretensão punitiva, verificada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tendo como consequência principal a perda, pelo Estado, da pretensão em obter uma decisão acerca do crime que imputa a alguém.

Logo, obsta-se o provimento jurisdicional acerca do delito, não implicando responsabilidade ou culpabilidade ao acusado, muito menos refletindo nos seus antecedentes ou marca futura de reincidência (ZAFFARONI, 2015, p. 672).

É como se o fato típico e ilícito nunca tivesse existido, eliminando-se todos os efeitos do crime, desde que se trate da prescrição da pretensão punitiva, que só ocorre antes da sentença penal transitar em julgado (BITENCOURT, 2020, p. 2168).

Corroborando com o caráter de ordem pública, a declaração judicial de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, incluindo-se a intercorrente e retroativa, não admite posterior discussão sobre o mérito, em qualquer instância, tendo em vista a amplitude de seus efeitos. Desse modo, o acusado assume a condição de inocente para quaisquer efeitos legais, pois se extingue toda consequência jurídica desfavorável a ele (ZAFFARONI, 2015, p. 684).

Haja vista que o titular do direito concreto de punir é o Estado, o qual exerce essa prerrogativa por intermédio da ação penal, com o intento mediato de aplicação da sanção penal, o decurso de tempo sem o seu exercício, previamente estipulado pela legislação, tem como consequência a extinção da punibilidade em relação ao fato delituoso, perdendo o direito de ver satisfeitos os objetos do processo. Portanto, o Estado perde o direito de invocar o Poder Judiciário no sentido de aplicar o direito penal objetivo ao caso em concreto, caindo por terra a possibilidade jurídica de cominação da sanção penal (JESUS, 2008, p. 23).

Em relação à prescrição da pretensão punitiva, os prazos variam de acordo com a quantidade de pena abstrata ou concretamente estipulada, nos termos do art. 109, do Código Penal. Entende-se por pena abstrata a cominação prevista no preceito secundário da norma incriminadora, enquanto que pena concreta é aquela imposta pelo Juiz na sentença (JESUS, 2008, p. 29-30).

Ou seja, essa espécie de prescrição é produzida antes de a sentença penal condenatória galgar foros de definitividade, isto é, antes do trânsito em julgado. Em geral, seu reconhecimento é lastreado na pena máxima abstratamente cominada. Entretanto, plenamente possível que a prescrição anterior ao trânsito em julgado do édito condenatório tenha por base a pena concreta, remetendo-se à prescrição retroativa e intercorrente, ou superveniente (PRADO, 2014, p. 375).

Em arremate, a declaração da prescrição da pretensão punitiva, além de ter efeito extintivo da punibilidade (art. 107, IV, do Código Penal), a eventual condenação anterior, consequentemente, por aplicação analógica do art. 748, do Código de Processo Penal, não deve ser mencionada na folha de antecedentes do réu, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal (JESUS, 2008, p. 26).

### **3.4.2 A prescrição da pretensão executória**

Após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o *jus puniendi* concreto se transforma em *jus punitiois*, ou *jus executionis*, ou seja, a pretensão que antes era punitiva se converte em pretensão executória. Dessa distinção elencada decorre a classificação da prescrição em prescrição da pretensão punitiva, impropriamente denominada prescrição da ação penal, e prescrição da pretensão executória, também chamada de prescrição da pena (BITENCOURT, 2020, p. 2167-2168).

Nessa perspectiva, com o trânsito em julgado do édito condenatório, o direito punir concreto transfigura-se na figura do *jus executionis*. Portanto, o Estado, que antes tinha o poder-dever de

aplicar uma pena, agora goza do poder-dever de impor concretamente a sanção penal imposta ao autor da infração penal, por intermédio do Poder Judiciário (JESUS, 2008, p. 88).

É possível se falar em prescrição da pretensão executória se o Estado não providencia, no lapso rigidamente fixado em lei, a devida efetivação da sanção já certa – pelo menos à acusação –, isto é, a efetivação da sanção compreendida como o início do cumprimento da pena (JUNQUEIRA, 2019, p. 1220).

Depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, fala-se em prescrição da pretensão executória, a qual é regulada pela pena aplicada, regida pelos mesmos prazos da prescrição da pena cominada abstratamente, aumentado esse prazo em um terço para condenados reincidentes, nos moldes do art. 110, do Código Penal (SANTOS, 2012, p. 407).

Ou seja, com a ocorrência da prescrição da pretensão executória, ou da condenação, desaparece o direito de execução da sanção penal imposta. Porquanto, uma vez transitada em julgado a sentença, a prescrição regula-se pela pena concretamente, nos termos no art. 109, do Código Penal. O curso do lapso prescricional, pois, terá a pena aplicada por base, de acordo com os prazos fixados no referido dispositivo (PRADO, 2014, p. 380).

Vislumbra-se, pois, a intrínseca relação entre a prescrição e o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, pois, ao passo que, para fins de averiguação da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, toma-se o máximo da pena privativa de liberdade cominado em abstrato, em se tratando de prescrição da pretensão executória, regula-se o prazo pela pena imposta na sentença condenatória, variando de acordo com a tabela estabelecida no art. 109, do Código Penal.

Não poderia ser diferente, porque no caso da prescrição da pretensão punitiva, o legislador, por não saber qual a pena “justa” a ser aplicada ao réu, optou, ante a incerteza, por tomar como referência o máximo da pena aplicável na espécie. Já em relação à prescrição da pretensão executória, já sabendo, de antemão, qual a pena aplicada, pressupondo-se justa também, cuja quantidade não é mais modificável, salvo por revisão criminal, não há sentido algum em insistir na regulação da prescrição com base no máximo da pena cominada (QUEIROZ, 2015, p. 569).

Logo, antes do trânsito em julgado da sentença final, a prescrição é disciplinada, exclusivamente, pela pena privativa de liberdade. Não se verifica esse raciocínio com a prescrição da pretensão executória, pois não há exclusividade de nenhuma espécie de pena, ao revés, o prazo prescricional dependerá da espécie e quantidade de pena imposta pelo Poder Judiciário (JESUS, 2008, p. 89-90).

Embora o termo inicial da prescrição da pretensão executória será abordado em tópico específico, como se está a tratar da prescrição da pretensão executória em sentido amplo, cita-se a lição de Luiz Regis Prado (2014, p. 380-381), que possui interpretação literal da lei quanto aos prazos de início e suspensão:

O termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível começa a correr (art. 112, CP): a) 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; b) do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena: se a execução é interrompida pela fuga do condenado, inicia-se então o prazo prescricional da pretensão executória, com base no restante da pena. Não obstante, a interrupção motivada pela superveniência de doença mental ou internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (arts. 41 e 42, CP) não inicia o decurso do prazo prescricional da pretensão executória. Suspende-se a prescrição, depois de passada a sentença condenatória, durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo (art. 116, parágrafo único, CP). [...] De outro lado, interrompe-se o curso do prazo da prescrição executória pelo início ou continuação do cumprimento da pena e pela reincidência (art. 117, V e VI, CP).

Declarada a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória, a despeito de não se executar a pena imposta, muito menos a medida de segurança, os efeitos penais secundários da condenação e os efeitos civis subsistem (PRADO, 2014, p. 380).

Os efeitos dessa prescrição, isto é, o decurso de tempo sem o exercício da pretensão executória, faz com que o Estado perca o direito de executar a sanção imposta na condenação, tendo como efeito principal a extinção da pena, porém, todos os demais efeitos da condenação, penais e extrapenais, permanecem inatingidos (BITENCOURT, 2020, p. 2209).

De modo esclarecedor e pontual é a lição de Damásio de Jesus (2008, p. 96-97) sobre os efeitos da declaração da prescrição da pretensão executória:

A declaração da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória impede a execução das penas e da medida de segurança, subsistindo as consequências de ordem secundária da sentença condenatória, como o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, pagamento das custas processuais, reincidência (salvo o disposto no art. 64, I) etc. Assim, embora incidente a prescrição da pretensão executória, a sentença condenatória pode ser executada no juízo cível para efeito de reparação do dano (CPP, art. 63). Se o condenado efetuou a prestação de fiança, seu valor, não obstante a extinção da punibilidade, fica sujeito ao pagamento das custas e reparação do dano (CPP, art. 336 e parágrafo único).

A prescrição da pretensão executória, em síntese, é a perda do poder-dever de executar a sanção imposta, em face da inércia do Estado, durante determinado lapso, atingindo apenas a pena principal, permanecendo inalterados todos os demais efeitos secundários, penais e extrapenais, da condenação (CAPEZ, 2019, p. 1036).

### 3.5 O TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA: APORTES NORMATIVOS E DOUTRINÁRIOS

O presente tópico do trabalho tratará, inicialmente, da interpretação da doutrina quanto ao termo inicial da prescrição da pretensão executória, especificamente no que tange ao disposto no art. 112, I, do Código Penal, e, em um segundo momento, abordará as normas – regras e princípios – que dão bojo à sua conceituação.

### **3.5.1 O termo inicial da prescrição da pretensão executória: interpretação da doutrina quanto ao art. 112, I, do Código Penal**

A partir dos fundamentos e classificação da prescrição já expostos alhures, a grande questão a ser abordada nesta parte da investigação científica é a seguinte: o termo inicial da prescrição da pretensão acusatória é contado a partir do trânsito em julgado à acusação – interpretação literal do art. 112, I, do Código Penal, ou do trânsito em julgado às partes – acusação e defesa. Sobre o tema, a doutrina tem inúmeros posicionamentos.

A redação original do Código Penal de 1940, ao dispor sobre o termo inicial da prescrição da pretensão acusatória, no art. 110, foi omissa à referência quanto ao trânsito em julgado da sentença condenatória. No entanto, a jurisprudência, em atenção à imutabilidade da pena concretizada, observado o princípio da vedação da *reformatio in pejus*, considerava o trânsito em julgado como o ponto de partida para o cômputo do prazo prescricional (ZAFFARONI, 2015, p. 674).

Por sua vez, a redação dada pela Lei n. 7.209/1984 ao Código Penal, atenta à interpretação jurisprudencial, de modo expreso dispôs que a prescrição da pretensão acusatória tem como marco inicial o trânsito em julgado da sentença à acusação, consoante dispõe o art. 112, I, do Código Penal: “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”.

Consectariamente, a partir do trânsito em julgado da sentença para a acusação, o prazo prescricional começa a fluir, porque já não se pode mais piorar a situação do sentenciado, vindo à tona o caráter definitivo da condenação, desprezando-se os marcos mínimo e máximo da pena abstratamente cominada (ZAFFARONI, 2015, p. 674).

Em outros termos, partindo-se dessas premissas, na prescrição da pretensão executória, o trânsito em julgado da condenação para o órgão acusatório ou querelante, isto é, o caráter definitivo ao titular da ação penal, limita o poder-dever de punir do Estado, fixando-se o mínimo e máximo do prazo prescricional (ZAFFARONI, 2015, p. 674).

No mesmo sentido – literal – é a interpretação de Cezar Roberto Bitencourt. Para o jurista, o prazo também deve ser iniciado do dia em que transita em julgado a sentença condenatória à acusação, porém seu termo inicial tem como pressuposto básico o trânsito em julgado para a acusação e defesa, porquanto, antes do trânsito em julgado definitivo, fala-se em prescrição intercorrente (BITENCOURT, 2020, p. 2219).

Vislumbra-se, portanto, que, paralelamente, podem correr dois prazos prescricionais distintos: o da pretensão punitiva na modalidade intercorrente, enquanto não transitar definitivamente em julgado; e o da pretensão executória, enquanto o cumprimento da pena não tiver iniciado, uma vez que os dois iniciam na mesma data, isto é, a partir do trânsito em julgado à acusação (BITENCOURT, 2020, p. 2219).

Damásio de Jesus se filia a essa corrente, ao dispor que, em se tratando de prescrição da pretensão executória, deve-se distinguir dois momentos: o surgimento do título penal executório, a partir do trânsito em definitivo, que dá ensejo à prescrição da pretensão executória e o termo inicial da contagem do prazo da prescrição da pretensão executória, a partir do momento em que transita em julgado a sentença penal condenatória à acusação (JESUS, 2008, p. 103).

Em outras palavras, a partir do trânsito em julgado à acusação – leia-se Ministério Público, querelante e assistente de acusação – conta-se o lapso prescricional, ainda que o réu não tenha sido intimado, dependendo, porém, que o édito condenatório também tenha transitado para a defesa:

“O inciso I da disposição citada menciona como primeiro marco da prescrição da pretensão executória o dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação. Literalmente, a decisão de condenação somente transita em julgado quando não cabe mais recurso para nenhuma das partes, acusação e defesa. Assim, uma primeira interpretação leva à conclusão de que somente começa a correr o prazo prescricional referido quando, não cabendo mais recurso da sentença condenatória, realmente surge a pretensão executória. Entretanto, a jurisprudência, apreciando o texto do primitivo CP de 1940, decidiu que a expressão “do dia em que passa em julgado a sentença condenatória” se referia à acusação, prescindindo-se até de intimação ao réu. Daí a reforma penal de 1984 haver acrescentado ao texto a expressão “para a acusação”. (JESUS, 2008, p. 103)

Intuitivamente, poderia considerar-se que o prazo inicial da prescrição da pretensão executória se inicia com a certeza da culpa, isto é, com o trânsito em definitivo, estipulando-se ao Estado um prazo para tornar efetiva a pena, apenas cessando com o início do cumprimento da pena (JUNQUEIRA, 2019, p. 1262).

No entanto, antes da reforma de 1984, os tribunais entendiam que a partir do momento em que havia trânsito em julgado da sentença à acusação, apenas não corria o prazo da prescrição da pretensão executória, em razão do recurso defensivo, prejudicando o sujeito, tão somente porque ele havia recorrido, isto é, exerceu direito garantido (JUNQUEIRA, 2019, p. 1262).

Desse modo, após a reforma de 1984 do Código Penal, o marco foi antecipado, ainda que contrariando a lógica da prescrição da pretensão executória, iniciando-se, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória à acusação, embora ainda pendente eventual recurso defensivo (JUNQUEIRA, 2019, p. 1263).

O marco estipulado se justificaria, vez que se o recurso exclusivo da defesa impede o trânsito em julgado para ambas as partes, e considerando que os meios de impugnação das decisões são exercícios de direito constitucional, cujo exercício não pode prejudicar a parte que o tenha exercido, o acusado não pode ser prejudicado com a suspensão do fluxo da prescrição da pretensão executória apenas por ter interposto recurso (JUNQUEIRA, 2019, p. 1264).

Uma corrente intermediária e inconclusiva, mencionada aqui por honestidade da pesquisa, defende que o prazo da prescrição da pretensão executória começa a fluir do dia do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação ou para a acusação e defesa, sem maiores digressões (SANTOS, 2010, p. 407).

Cita-se, ainda, que parcela da doutrina, após o julgamento do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n. 126.292, e posterior indeferimento das liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, sustenta que a prescrição da pretensão executória começa a fluir a partir da condenação ou confirmação da condenação em acórdão de segunda instância (CAPEZ, 2019, p. 1036), embora esse entendimento não mais encontre guarida, vez que, por ocasião do julgamento de mérito das referidas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, a Corte Suprema reafirmou o posicionamento de 2009, ao julgar procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 12.403/2011 (BADARÓ, 2020, p. 70).

Ainda, sustenta-se o posicionamento de que, a despeito de ser inconcebível a ideia de que o termo inicial da prescrição da pretensão acusatória comece a fluir a partir do trânsito em julgado à acusação, porquanto, mesmo que tenha transitado em julgado a sentença à acusação, o Estado não pode executar a pena, não se podendo falar em inércia do Estado quanto a seu poder-dever em fazer o condenado cumprir a pena, a lei é clara, devendo ser respeitado o literal marco previsto no art. 112, I, do Código Penal (NUCCI, 2019, p. 579).

Em contrapartida à interpretação literal do art. 112, I, do Código Penal, parcela da doutrina entende que só se pode cogitar o início da contagem da prescrição da pretensão executória a partir do momento em que o Estado já tiver, definitivamente, formado seu título executivo judicial, o que somente ocorre com o trânsito em julgado a ambas as partes e com a efetiva possibilidade de execução

do título executivo judicial, formado, justamente, pelo trânsito em julgado definitivo. (GRECO, 2018, p. 320)

Quaisquer conclusões contrárias a esse entendimento se referiria à pretensão punitiva e não à pretensão executória, porquanto, ainda que aparentemente tenha ocorrido a concretização da pena ao agente, pelo trânsito em julgado da sentença condenatória à acusação, o Estado não obteve, em nenhum momento sequer, a possibilidade de fazer valer sua decisão proferida pelo Judiciário e, conseqüentemente, executar a pena infligida ao condenado (GRECO, 2018, p. 320).

No mesmo sentido, compreende-se que a prescrição da pretensão executória só existe depois de transitada em julgado a condenação para ambas as partes, sendo claro que a sentença que assinala seu termo inicial é aquela que já se tornou definitiva. Logo, para que a prescrição da pretensão executória comece a correr, há que esperar, pois, pela intimação ao acusado sobre o provimento ou não de seu recurso (CARVALHO FILHO, 1955, p. 400).

Urge fazer menção a uma corrente, em um primeiro momento, análoga à interpretação literal do art. 112, I, do Código Penal, porém com anômala concepção do conceito de trânsito em julgado à acusação, a pretexto de diferenciar o trânsito em julgado com a preclusão do direito em recorrer.

Para esse entendimento, pressupõe-se o início da prescrição da pretensão executória com a ocorrência do trânsito em julgado da decisão para a acusação e defesa em última instância, pois somente a partir do momento em que se fizer coisa julgada é que se constitui o título executivo judicial e, como corolário, autoriza-se o imediato cumprimento da pena (QUEIROZ, 2015, p. 578).

Em outras palavras, a prescrição da pretensão executória, vista como forma residual da prescrição, pressupõe a não ocorrência de prescrição da pretensão punitiva, em quaisquer de suas formas, bem como necessita do trânsito em julgado para ambas as partes, que se diferencia da mera preclusão do direito em impugnar a decisão judicial, concebendo-se o termo inicial da prescrição da pretensão executória a partir do trânsito em julgado à acusação, ou seja, do dia em que a decisão passar em julgado em última instância, independentemente da data do trânsito à defesa (QUEIROZ, 2015, p. 579).

Vem à tona, pois, a imensidão de posicionamentos quanto ao termo inicial da prescrição da pretensão acusatória, em relação ao qual não há pretensão de tirar ideias conclusivas, mas sim, harmonizá-las com os aportes normativos e doutrinários que dele decorrem, estudo que será feito a seguir.

### **3.5.2 Aportes normativos e doutrinários ao termo inicial da prescrição da pretensão executória**

O presente tópico se justifica pelo fato de que “não existe ciência sem certa unidade sistemática, isto é, sem entrosamento lógico entre suas partes e componentes”, isto é, jamais se poderia investigar o termo inicial da prescrição da pretensão executória tão somente a partir da disposição expressa do art. 112, I, do Código Penal. (REALE, 2002, p. 94)

Porquanto, se a ordem normativa pressupõe sanção jurídica institucionalizada, para que haja Direito, imperiosa a existência de uma organização, grande ou pequena, ou seja, um completo sistema normativo (BOBBIO, 1995, p. 27).

Nessa toada, o presente estudo parte da ideia de que regras e princípios são reunidos sob o conceito de norma, porque ambos dizem o que deve ser e podem ser formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Logo, tanto regras como princípios são juízos concretos do dever-ser, ainda que espécies muito diferentes (ALEXY, 2015, p. 87).

Dessa forma, esta parte do trabalho examinará as normas que circundam o termo inicial da prescrição da pretensão executória, com enfoque no princípio da legalidade, princípio da vedação da analogia *in malam partem*, princípio da presunção de inocência, conceituação de trânsito em julgado e coisa julgada.

Não é nenhuma novidade que o princípio da legalidade está intimamente ligado com a constituição de um Estado Democrático de Direito, cujo reconhecimento é previsto no art. 1º, da Constituição Federal Brasileira de 1988.

E a lei, em seu sentido amplo, com legitimidade quanto à sua vigência e eficácia, decorre do poder de legislar, o qual dá nascimento a novas situações jurídicas objetivamente válidas, manifestadas através de uma série de atos que compõem a nomogênese legal, ou o processo legislativo (REALE, 2002, p. 124).

A proeminência da legislação – e por óbvio, do princípio da legalidade – é manifestada, ainda, como um imperativo direcionado a toda a administração pública, direta ou indireta, dos Poderes da União, Estados e Municípios, nos termos do art. 37, da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Mais especificamente na esfera penal, a Constituição Federal Brasileira de 1988 expressamente dispõe sobre o princípio da legalidade em seu art. 5º, XXXIX, cuja redação é essencialmente, uma reprodução do art. 1º, do Código Penal.

Tais previsões normativas encontram fundamentos vinculados à ideia de Estado de Direito, tendo como base os princípios liberais e democráticos de separação de poderes, haja vista que, de um lado, enuncia-se que qualquer intervenção no âmbito das liberdades deve ser lastreada em lei e, por outro, impõe-se que a decisão sobre a criminalização de uma conduta somente pode ser tomada por quem dispõe de legitimidade democrática para tanto (MENDES, 2017, p. 511).

A concepção de legalidade está intimamente ligada a de sistema penal, porquanto este se remete ao controle social punitivo institucionalizado, abarcando, na prática, a partir da detecção ou suposição da suspeita de um delito até a imposição e execução de uma pena, pressupondo-se uma atividade normativa que cria a lei e institucionaliza o procedimento, atuação dos funcionários, bem como define os casos e condições para esta atuação (ZAFFARONI, 2015, p. 70)

Dada a sua importância, a lei é a única fonte do direito penal quando se trata de proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção, porquanto tudo o que não for expressamente proibido é lícito em direito penal. O Código Penal é, pois, a Carta Magna do delincente (GRECO, 2016, p. 144)

O princípio da legalidade, visto como garantia material, tem como intento o oferecimento da necessária segurança jurídica ao sistema penal, influenciando na exigência correspondente ao legislador, no que tange à determinação das condutas puníveis (BITENCOURT, 2020, p. 122).

Apenas se pode compreender corretamente o princípio da legalidade, em sua importância e extensão, quando observado em todas as dimensões como garantia inviolável do cidadão frente ao exercício do Estado.

Por isso que Paulo César Busato (2014, p. 33-34) leciona que:

[...] não basta considerar o princípio da legalidade um instrumento jurídico, relacionado apenas com a norma posta, como um filtro jurídico do direito positivo. É preciso ir além e enxergar o contexto histórico de seu desenvolvimento e tudo o que se pretendeu alcançar através da sua afirmação. Visto assim, entra em evidência, antes de tudo, a sua dimensão política, que significa o predomínio do Poder Legislativo como órgão que representa a vontade geral frente aos outros Poderes do Estado, para, a seguir, merecer consideração sua dimensão técnica, que expressa a forma de como devem os legisladores formular as normas penais. O princípio da legalidade, tanto em sua dimensão política como técnica constitui uma garantia indiscutível do cidadão frente ao poder punitivo estatal.

Por essas razões que, em decorrência do princípio da legalidade, é vedada a analogia para criar hipóteses que, de alguma forma, venham a prejudicar o agente, seja criando crimes não previstos, incluindo novas causas de aumento de pena, circunstâncias agravantes, dentre outras hipóteses. Pois se o fato não foi previsto de maneira expressa pela atividade legiferante, o intérprete não pode socorrer-se da analogia a fim de tentar abranger fatos similares aos legislados em prejuízo do agente, segundo a máxima *nullum crimen nulla poena sine lege stricta* (GRECO, 2016, p. 147).

Pontua-se, ainda, que analogia não é propriamente forma de interpretação, mas de aplicação da norma legal, exercendo uma função de integração da norma. Com esse método, procura-se aplicar determinado preceito ou princípios gerais do Direito a uma hipótese não contemplada no texto legal (BITENCOURT, 2020, p. 2259).

Entendida como técnica para completar o texto legal, de maneira a estendê-lo para proibir o que a lei não proíbe, considerando jurídico o que a lei justifica, ou reprovável o que ela não reprova ou, em geral punível o que não é por ela penalizado, a analogia, como procedimento de aplicação do direito, é absolutamente vedada no campo da elaboração científico-jurídica do direito penal (ZAFFARONI, 2015, p. 162).

Isso não poderia ser diferente, pois somente a lei do Estado pode solucionar em quais casos existe uma ingerência ressocializadora, de modo a afetar com a pena os bens jurídicos do criminalizado, vedando-se ao Poder Judiciário completar as hipóteses legais, uma vez que o sistema penal é um sistema descontínuo, exigindo que o juiz, em atenção à segurança jurídica, se abstenha de semelhante procedimento utilizado no direito civil (ZAFFARONI, 2015, p. 162).

Ademais, embora de caráter processual, a vedação da utilização da analogia para piorar a situação do réu se remete ao princípio do favor rei. Partindo-se do pressuposto de que a dúvida sempre militar em favor do acusado, em se tratando de ponderação entre o direito de punir e o *status libertatis* do imputado, o último deve prevalecer. Justifica-se, portanto, a mitigação, em parte do princípio da isonomia processual, para assegurar a liberdade do indivíduo e os riscos advindos de uma eventual condenação equivocada, em atenção ao princípio do favor rei (LIMA, 2016, p. 44-45).

Como expressão máxima dentro de um Estado Constitucionalmente Democrático, o princípio do favor rei impõe ao operador do direito a opção que atenda ao *jus libertatis* do acusado, ao se deparar com uma norma que traga interpretações antagônicas. Logo, essa regra de caráter material-processual obriga o juiz seguir a tese mais favorável ao acusado, entrelaçando-se visceralmente à presunção de inocência (RANGEL, 2011, p. 71-72).

Adiante, forçosa se mostra a abordagem conjunta do trânsito em julgado e da coisa julgada, uma vez que os institutos estão intrinsecamente relacionados, tanto entre si quanto em relação ao termo inicial da prescrição da pretensão executória.

Para todos os efeitos, sentença passada em julgado é a decisão em relação a qual não houve quaisquer recursos, isto é, não foi impugnada, e, havendo recurso, esse não foi provido (CARVALHO FILHO, 1958, p. 213). Isto é, é uma sentença que se tornou exequível em razão do pronunciamento

definitivo do Poder Judiciário sobre a lide, contra a qual não é mais possível recorrer (REALE, 2002, p. 46).

Critica-se a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292 e Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246, uma vez que não há margem exegética para que a expressão “trânsito em julgado” prevista no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, seja interpretada no sentido de que o acusado é presumido inocente até o julgamento em segunda instância, ainda que interposto recurso à Corte Suprema ou ao Superior Tribunal de Justiça, uma vez que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ocorre no momento em que a sentença ou o acórdão se torna imutável, surgindo a coisa julgada material (BADARÓ, 2020, p. 69).

Por seu turno, distante de ser considerada um efeito da sentença penal condenatória transitada em julgado, a coisa julgada é uma qualidade da decisão da qual não caiba mais recurso. Em outras palavras, é a imutabilidade da sentença, impedindo-se a reabertura de novas indagações acerca da matéria nela contida (PACELLI, 2020, p. 828).

A imutabilidade da decisão judicial transitada em julgado, que apreciou o fato criminoso principal, contido na exordial acusatória, independentemente da classificação jurídica dada na prolação da sentença, é a coisa julgada (MOUGENOT, 2019, p. 429).

Se de um lado o Estado deve garantir o estabelecimento de um sistema penal que garanta a efetivação do direito e da justiça da forma mais perfeita possível, de outro, imperiosa é a garantia da estabilidade das relações jurídicas, a fim de se evitar a insegurança, cuja existência reflete negativamente à convivência social (GRECO FILHO, 2012, p. 91).

Vem à tona, dessa forma, que a razão fundamental da coisa julgada se remete à necessidade de segurança e estabilidade. E se, para atender à finalidade da justiça, há todo um sistema de recursos pelos quais o interessado pode rever as decisões judiciais, após esgotados todos os meios de impugnação, a decisão judicial se torna imutável, não podendo ser alterada, mesmo que juridicamente tenha concluído de modo contrário ao direito (GRECO FILHO, 2012, p. 92).

Em convergência, possibilita a coisa julgada a paz e segurança jurídica, haja vista que ela impede o prolongamento indefinido de uma discussão jurídica, bem como obsta que se produzam resoluções e sentenças contraditórias ou que se reiterem, injustamente, éditos condenatórios com o mesmo conteúdo sobre os mesmos fatos imputados ao acusado (MOUGENOT, 2019, p. 430).

Esclarecendo a função da coisa julgada, pertinente é a lição de Eugênio Pacelli de Oliveira (2020, p. 828-829):

Normalmente, a autoridade da coisa julgada, ou a sua imutabilidade, é justificada em razão da necessidade de segurança jurídica decorrente da solução dos conflitos sociais resolvidos

pela jurisdição estatal. Do ponto de vista da proteção do indivíduo diante do Estado, isto é, do ponto de vista, então, de um Estado Democrático de Direito, em que as decisões judiciais são construídas com a participação efetiva das partes (e particularmente do acusado, via contraditório e ampla defesa), justifica-se plenamente a imutabilidade de uma decisão. absolutória passada em julgado, para o fim de garantir ao interessado (réu) certa margem de segurança jurídica individual em relação aos fatos a ele imputados em regular processo penal. que efetivamente legitima a eficácia preclusiva da coisa julgada, cujo efeito é o de impedir novas investidas acusatórias contra o réu absolvido, é a necessidade de se exercer um rígido controle da atividade estatal persecutória, diante das graves consequências que normalmente derivam da só existência de uma imputação formalizada da prática de uma conduta delituosa, no âmbito dos interesses inerentes à dignidade humana, em todas as suas dimensões.

Ainda, faz-se mister discorrer, brevemente, sobre a diferenciação entre coisa julgada formal e material, para fins de completude do estudo. A coisa julgada formal diz respeito à preclusão de todas as vias de impugnação, isto é, à imutabilidade da decisão de apenas um processo. A parte imutável da declaração judicial se remete ao comando emanado do Estado-juiz, que julga procedente ou improcedente a denúncia ou queixa, e não à sua fundamentação, que envolve meramente o raciocínio utilizado pelo magistrado (NUCCI, 2020, p. 624).

Com caráter interno ao processo, a coisa julgada formal é a imutabilidade da decisão que se estende ao escopo processual interno em que foi proferida, desde que a sentença não seja mais passível de impugnação por via recursal (MOUGENOT, 2019, p. 429).

Já a coisa julgada material se refere à imutabilidade dos efeitos da sentença. Apenas faz coisa julgada material as decisões judiciais de mérito, uma vez que são elas que determinam a relação jurídica material, de modo a projetar seus efeitos, cujas características atingem a situação da vida, para fora do processo (BADARÓ, 2020, p. 659).

Por isso que quando o mérito da causa foi decidido, reconhecendo-se ou afastando-se a pretensão punitiva do Estado, diante da impossibilidade de interposição de qualquer recurso, a decisão é imutável. No entanto, ao se tratar de sentença penal condenatória, ainda pode ter seus efeitos modificados pela ação rescisória, que se chama revisão criminal (NUCCI, 2020, p. 624).

A possibilidade da revisão criminal – após, obviamente, o trânsito em julgado – não afasta a ocorrência da coisa julgada material nas sentenças penais condenatórias, pois coisa julgada ainda existe, no entanto com um limite temporal de rescindibilidade maior ou ilimitado (BADARÓ, 2020, p. 660).

Isso porque a decisão que declara a extinção da punibilidade em razão da prescrição não é, tecnicamente, absolutória, mas fecha as portas para uma rediscussão dos fatos, fazendo coisa julgada material (TÁVORA, 2016, p. 517).

Percebe-se, portanto, a íntima ligação entre coisa julgada e a prescrição, conceitos que serão utilizados na segunda parte do terceiro capítulo, a fim de elucidar o conteúdo dos julgados do Supremo Tribunal Federal.

Tendo em vista a intrínseca relação entre o termo inicial da prescrição da pretensão executória e a presunção da inocência, busca-se, nesta parte da investigação científica, uma conceituação e delimitação do seu âmbito de proteção pela doutrina, no que tange à garantia constitucional prevista no art. 5º, LVII, da Constituição Federal Brasileira de 1988: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Pertinente ainda se mostra ao estudo uma breve contextualização histórica sobre os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal quanto ao princípio da presunção de inocência, que será feita ao final deste tópico.

Embora haja divergência na doutrina, não há diferença alguma de conteúdo entre a presunção de inocência e a presunção de não culpabilidade. As duas expressões “inocente” e “não culpável” designam variantes semânticas de um único e idêntico conteúdo, mostrando-se contraproducentes quaisquer tentativas em apartar ambos os conceitos, os quais devem ser tomados como equivalentes. Essa diferenciação apenas serve para fundamentar posturas reacionárias e de vão esforço de retorno a um processo penal voltado exclusivamente à defesa social, inadmitido no Estado Democrático de Direito (BADARÓ, 2020, p. 67).

Em sentido contrário é a posição de Edilson Mougenot (2019, p. 104-105):

Presunção, em sentido técnico, é o nome da operação lógico-dedutiva que liga um fato provado (um indício) a outro probando, ou seja, é o nome jurídico para descrição justamente desse liame entre ambos. No caso, o que se tem mais propriamente é a consagração de um princípio de não culpabilidade, até porque a Constituição Federal (art. 5º, LVII), não afirma presumir uma inocência, mas sim garantir que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII). Assim, o princípio em questão alberga uma garantia constitucional, referindo-se, pois, a um “estado de inocência” ou de “não culpabilidade”: vale dizer, ninguém pode ser reputado culpado até que transite em julgado sentença penal condenatória.

Para fins deste trabalho, consideram-se as expressões “presunção de inocência” e “presunção de não-culpabilidade” como sinônimos. O princípio da presunção de inocência, também chamado de presunção da não-culpabilidade, impõe ao Poder Público a presunção de que todo acusado é inocente, até a declaração de culpabilidade, por sentença penal condenatória transitada em julgado.

O objetivo principal do princípio é garantir que o ônus da prova cabe à acusação, jamais à defesa. Todos os cidadãos nascem inocentes, os quais gozam desse estado natural, vez que, para quebrar tal regra, imprescindível que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes ao Estado-juiz, a culpa do réu (NUCCI, 2020, p. 151).

No mesmo sentido, o princípio da presunção de inocência reconhece, portanto, um estado transitório de não-culpabilidade, à medida que esse status deve permanecer enquanto não houver o trânsito em julgado de uma sentença condenatória. A garantia faz referência exclusiva aos fatos, porquanto é ônus da acusação demonstrar a materialidade do delito, bem como a autoria do fato (MOUGENOT, 2019, p. 105).

Como consequência dessa garantia, impõe-se ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado. A primeira é de tratamento, segundo a qual o réu, durante toda a persecução penal, não pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação. A segunda diz respeito ao fundo probatório, isto é, o imperativo de que todo o ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação, restando à defesa apenas a demonstração de eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse alegada. (PACELLI, 2020, p. 81).

O caráter dúplice do princípio é largamente reconhecido pela doutrina nacional, como se pode extrair dos ensinamentos de Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 44-45):

De tal sorte, o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, inc. LVII, da CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Do princípio da presunção de inocência derivam duas regras fundamentais: a regra probatória, ou de juízo, segundo a qual a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado – e não este de provar sua inocência – e a regra de tratamento, segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado, o que impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade.

Gustavo Henrique Badaró (2020, p. 70-71), por sua vez, fala na bipartição do princípio da presunção de inocência em regra de julgamento e regra de tratamento:

A presunção de inocência também pode ser vista sob uma ótica técnico-jurídica, como regra de julgamento a ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo. Para a imposição de uma sentença condenatória é necessária prova, além de qualquer dúvida razoável, a culpa do acusado. Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*. [...] A presunção de inocência funciona como regra de tratamento do acusado ao longo do processo, não se permitindo que ele seja equiparado ao culpado. BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal.

A garantia em questão veda a antecipação dos resultados finais do processo. obsta, portanto, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, umbilicalmente relacionadas à tutela da efetividade do processo ou da própria jurisdição penal, por expressa previsão do art. 312, do Código de Processo Penal.

Na mesma senda, como decorrência do princípio da presunção de inocência, exsurge a excepcionalidade de quaisquer medidas de prisão processual, a qual é justificável somente quando

estiverem presentes os elementos de fumaça do bom direito e a existência de risco social no caso em que não seja decretada a sua prisão (MOUGENOT, 2019, p. 105-106).

Além da compreensão sistemática do sistema penal, particularmente o processo penal é tido como um microcosmos no qual se refletem a cultura do sistema político, sendo inconcebível a figura de um Estado de Direito sem a adoção de um processo penal acusatório e, conseqüentemente, da recepção e aplicação do princípio *in dubio pro reo*, razão pela qual o princípio da presunção de inocência é reconhecido como componente basilar de um modelo processual penal que se diz obediente à dignidade e aos direitos essenciais da pessoa humana. (BADARÓ, 2020, p. 70).

Historicamente no Brasil, a despeito dos mais de vinte anos de atraso, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, no ano de 2009, que a presunção de inocência se aplicava até que houvesse uma condenação com trânsito em julgado, impedindo-se, na prática, a execução provisória da pena enquanto ainda pendente qualquer recurso, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078, de relatoria do Ministro Eros Grau. (STF, HC 84078, Relator: Eros Grau, julgamento em: 05 fev. 2009)

O entendimento foi alterado em 17/02/2016, na ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292, quando a Suprema Corte reputou possível o início da execução da pena após o acórdão condenatório em segundo grau, ao entender que a manutenção da sentença penal pela segunda instância dá fim à análise de fatos e provas que assentam a culpa do condenado. (STF, HC 126292, Relator: Teori Zavascki, julgamento em: 17 fev. 2016)

Na prática, esse posicionamento negou efeito suspensivo ao recurso especial e ao recurso extraordinário, permitindo aos tribunais de segunda instância, na hipótese de acórdão condenatório, a expedição de mandado de prisão.

Para além, em 10/11/2016, ao reconhecer a repercussão geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 964.246, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que: “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo art. 5º, LVII, da Constituição Federal”. (STF, ARE 964.246/SP. Relator: Teori Zavascki, julgamento em: 10 nov. 2016)

Finalmente, ao julgar o mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e 44, o Supremo Tribunal Federal, em 2019, reiterou o posicionamento de 2009, declarando a constitucionalidade do art. 283, do Código de Processo Penal e, conseqüentemente, reafirmando que a presunção de inocência vigora até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de modo que todo recurso criminal goza de efeito suspensivo, entendimento que vigora até hoje. (STF, ADC

43, Relator: Marco Aurélio, julgamento em: 07 nov. 2019; STF, ADC 44, Relator: Marco Aurélio, julgamento em: 07 nov. 2019)

Vislumbra-se, pois, que o Supremo Tribunal Federal finalmente consolidou o entendimento sobre o princípio da presunção de inocência, o qual possui íntima relação com o termo inicial da prescrição executória e é largamente mencionado para afastar a literalidade do art. 112, I, do Código Penal.

Por essa razão que os julgados submetidos à análise de conteúdo no terceiro capítulo são todos posteriores ao julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078 (05/02/2009), constituindo um efetivo divisor de águas no Supremo Tribunal Federal, como se verá a seguir.

## 4 O TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Este capítulo objetiva examinar a hermenêutica jurídica e constitucional – tendo como base a investigação inicial sobre a proeminência da Constituição Federal no ordenamento jurídico brasileiro –, bem como as diretrizes à interpretação e aplicação das normas penais.

Na sequência, o trabalho analisará o conteúdo dos julgados do Supremo Tribunal Federal quanto ao termo inicial da prescrição da pretensão executória, com uma breve exposição sobre os parâmetros utilizados para levantamento e seleção dos precedentes judiciais.

Finalmente, o trabalho analisará o Recurso Extraordinário com Agravo n. 848.107 – *leading case* do Tema 788 do Supremo Tribunal Federal –, em relação ao qual foi reconhecida a repercussão geral, expondo-se o caso em concreto, os fundamentos relacionados à transcendência e relevância do tema e os argumentos jurídicos do parecer da Procuradoria-Geral da União.

### 4.1 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS DO ORDENAMENTO JURÍDICO EM MATÉRIA PENAL

Imprescindível se mostra perquirir os conceitos elementares da hermenêutica jurídica e da hermenêutica constitucional para se proceder à abordagem das normas relativas à interpretação e aplicação das normas penais, porquanto o direito, expressado pela sua própria linguagem, necessita de amparo interpretativo apto a revelar seu conteúdo e significado.

Embora haja imprecisão e, não raras vezes, atecnia nos textos legais, somadas à impossibilidade de se atribuir sentidos unívocos ou verdadeiros às leis, não significa que a interpretação e aplicação do direito sejam atividades meramente subjetivas (RODRIGUES, 2016, p. 349).

Com vistas à necessidade de objetivação do direito, a hermenêutica jurídica se revela como a teoria científica da arte de interpretar, a qual tem como objeto o estudo e sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e alcance das expressões do direito (MAXIMILIANO, 2011, p. 1).

E frise-bem, expressões do direito, e não tão somente dos estreitos termos da lei, tendo em vista as limitações evidentes que os dispositivos expressos de um ordenamento têm para bem exprimir o direito.

Refere-se a palavra hermenêutica a um saber que procura problematizar os pressupostos, a natureza, a metodologia e o escopo da interpretação humana no plano jurídico (SOARES, 2019, p. 21).

Já a interpretação diz respeito à determinação do sentido e alcance das expressões do direito, isto é, é a atividade de aplicação da hermenêutica (MAXIMILIANO, 2011, p. 1), em outras palavras, a interpretação consiste na atividade de aplicação de regras, as quais são perqueridas e ordenadas pela hermenêutica jurídica, para o correto entendimento dos textos legais (FRANÇA, 2009, p. 19).

De plano, urge reforçar que a interpretação procura o conteúdo, inteligência e vontade final da lei, não a intenção do legislador, que é uma pessoa imaginária, cuja vontade dificilmente se revelará pela atividade interpretativa (TORNAGHI, 1956, p. 91).

Essa atividade interpretativa está a indicar a compreensão dos fenômenos culturais que se manifestam pela mediação comunicativa estabelecida entre o sistema jurídico e a comunidade humana (SOARES, 2019, p. 21).

A correta compreensão dos fenômenos jurídico-culturais, que se dá pela comunicação entre o ordenamento jurídico e a sociedade, é indispensável, inclusive, à eficácia do direito, pois não seria razoável exigir obediência dos subordinados à lei quando não interpretam o seu real significado.

Desse raciocínio se extrai a importância da profissão jurídica como uma função pública de manutenção da ordem na sociedade, na medida em que o conhecimento profissional do jurista exerce o intermédio entre a ordem jurídica e o conhecimento que o cidadão tem do direito (VOEGELIN, 1998, p. 99).

Por sua vez, a aplicação do direito está amparada no dogma da subsunção, raciocínio que consiste na estruturação de um silogismo, envolvendo uma premissa maior – diretiva normativa genérica e uma premissa menor – o caso concreto (SOARES, 2019, p. 67).

Para se aplicar o direito, busca-se, em um primeiro momento, o grupo de tipos jurídicos que guardam relação, de modo abrangente, com o fato sujeito a exame, para se chegar ao dispositivo que melhor se equipara ao caso concreto, de modo a identificar em que ramo do direito se encontra a solução. Na sequência, o aplicador desce às prescrições especiais em relação àquele âmbito jurídico identificado. Verificadas eventuais colisões no espaço ou no tempo, urge o exame prévio do Direito Constitucional e da irretroatividade das leis. Finalmente, caso os dispositivos conflitantes em análise sejam de natureza diferente, deve-se prevalecer a Constituição Federal sobre todos os ramos do direito positivo, a lei sobre o regulamento, costume, uso ou praxe (MAXIMILIANO, 2011, p. 6).

Fica evidente a posição de superioridade da Constituição Federal como parâmetro de interpretação, uma vez que eventuais incompatibilidades entre normas da mesma hierarquia no processo subsuntivo devem ser solucionadas à luz das normas constitucionais.

As interpretações podem ser subdivididas em autêntica, oriunda do próprio órgão que produz a lei ou ato normativo, levada a efeito pela elaboração de diplomas interpretativos, e doutrinal, compreendendo a interpretação judicial, a qual é originária dos tribunais e está intimamente ligada à jurisprudência, e a doutrinária, contida principalmente no parecer e lucubrações dos juristas (FRANÇA, 2009, p. 21-23).

Ao longo do tempo, muitos foram os processos criados para interpretação das normas jurídicas, revelando-se o processo gramatical como o mais antigo de todos, o qual tem como ponto de partida o exame do significado e alcance de cada uma das palavras do preceito legal interpretado.

O processo gramatical (ou filológico) de interpretação se orienta no sentido de compreender a linguagem empregada, de modo a atender a forma exterior do texto, com forte preocupação nas diversas acepções dos vocábulos. Em outras palavras, é em razão do manejo relativamente perfeito e conhecimento cabal das leis e usos da linguagem que se procura descobrir qual deve ou pode ser o sentido de uma frase, dispositivo ou norma (MAXIMILIANO, 2011, p. 87-88)

É pela técnica gramatical ou filológica que o intérprete se debruça sobre as expressões normativas, investiga a origem etimológica dos vocábulos e aplica as regras estruturais de concordância ou regência verbal e nominal (SOARES, 2019, p. 50).

Os preceitos orientadores principais desse processo têm as seguintes premissas fundamentais: a) cada palavra pode ter mais de um sentido e várias palavras podem ter um único sentido, de modo que só do complexo das palavras empregadas se pode deduzir a verdadeira acepção de cada uma; b) ao atribuir sentido aos vocábulos presumidamente resultantes da linguagem vulgar utilizada pelo legislador, presume-se que o juiz empregou os termos legais em sentido técnico; em outras palavras, assim como todas as ciências, o direito possui uma linguagem própria, cujo sentido deve predominar; c) nas hipóteses em que o sentido da palavra mudou com o tempo, prefere-se o da época em que foi redigido, em caráter definitivo, o texto, e não do sentido hodiernamente interpretado; d) a lei não contém palavras supérfluas, de modo que todas as expressões devem ser compreendidas como escritas deliberadamente; e) diante de dúvida, é preferível o significado que torna geral o princípio concretizado da norma, a despeito das interpretações que importariam distinção ou exceção; f) os enganos, impropriedades, obscuridades ou lapsos na redação não são presumíveis, isto é, necessitam ser demonstrados claramente. (MAXIMILIANO, 2011, p. 89-91).

Para esse processo, percebe-se com facilidade que a lei é tudo, de tal modo que a função do jurista estaria adstrita à extração e desenvolvimento do sentido pleno das leis, sem procurar soluções estranhas a elas. No entanto, o problema central desse processo reside no fato de que o ordenamento jurídico está sujeito a modificações de seu significado, ainda que suas normas se mantenham inalteradas.

É dentro dessa problemática que surge o processo lógico, o qual busca cotejar o preceito normativo em análise com os outros do mesmo diploma, mas referentes ao mesmo objeto, visto que, examinando prescrições normativas de maneira conjunta, a verificação do sentido de cada uma delas é facilitada (SOARES, 2019, p. 50).

Claramente é uma evolução da interpretação gramatical, uma vez que é levada a efeito mediante a investigação dos sentidos das diversas expressões do texto legal, porém com o elemento de conexão entre as locuções e orações normativas (FRANÇA, 2009, p. 24).

Não se pode negar que o processo lógico possui mais valor que o simplesmente verbal. Já se viu no capítulo primeiro deste trabalho que as normas não são produto de uma atividade legislativa promovida por um legislador imune a erros e equívocos, muito menos isento de contrariar o próprio ordenamento.

Entretanto, o processo abstrato, por meio do qual a interpretação se limita a esquemas ordenados de lógica pura, ignora a característica fundamental de que o direito é uma ciência social, conseqüentemente voltada à adaptação da coletividade. Significa que a interpretação deve variar na medida em que as necessidades práticas demandam, bem como se adapte às mutações das circunstâncias do meio no qual o ordenamento está inserido (MAXIMILIANO, 2011, p. 102).

Nesse contexto, a deficiência do processo lógico não está no simples uso dos processos da lógica, mas no abuso que leva a desprezar o coeficiente pessoal e os valores jurídico-sociológicos que fazem parte do direito e devem estar presentes, a rigor, na hermenêutica. Por isso que a virtude se encontra no meio termo, isto é, os vários processos complementam-se reciprocamente, ao revés de se sustentar a absolutez de um frente aos outros.

Eis que exsurge a importância da interpretação histórica, que examina as condições de meio e momento da elaboração da norma, bem como as causas pretéritas da solução dada pelo legislador (FRANÇA, 2009, p. 24).

Não se mostra lógico apreender com profundidade uma ciência que se relacione intimamente com a vida do indivíduo em sociedade sem a atenção devida ao elemento histórico, uma vez que o direito é inseparável da cultura jurídica que acompanha a sociedade ao longo dos tempos.

Se o legislador é um filho de seu tempo, com linguagem e intentos próprios, o processo histórico de interpretação deve-se ocupar da investigação das ideias dominantes, princípios diretores, usos e costumes, enfim, do espírito jurídico reinante na época em que foi feita a norma, sob pena de repudiar sistematicamente o passado, em um abandono desarrazoado da tradição (MAXIMILIANO, 2011, p. 114-115).

Esse processo demanda do intérprete a investigação dos antecedentes históricos imediatos da legislação, como a declaração de motivos, debates parlamentares, projetos e anteprojetos, bem como os remotos, verificados nos institutos antigos do modelo normativo (SOARES, 2019, p. 51).

A máxima de que o conjunto é muito mais do que a soma de suas partes não foi deixada de lado pela hermenêutica e interpretação jurídica, porquanto não existe um princípio isolado em quaisquer ciências, mas antes uma íntima conexão de cada elemento com o todo.

A partir dessa premissa se fundamenta, pois, o processo sistemático, no qual há a busca pelo espírito da lei, a partir da pesquisa, em conexão, do objeto específico de interpretação com outras normas, tanto em relação à própria lei que o dispositivo pertence quanto ao sistema geral do direito positivo em vigor (FRANÇA, 2009, p. 25).

Forçoso concluir, portanto, pela necessidade de se levar em conta a conexidade entre as partes do dispositivo com as outras prescrições da mesma lei ou de outras leis, bem como a relação entre uma ou várias normas com o complexo de ideias dominantes (MAXIMILIANO, 2011, p. 105).

Entretanto, esses processos, por si só, não bastam à interpretação das normas jurídicas, sendo imprescindível a aferição da finalidade da lei e o resultado que ela pode dar na vida prática da sociedade.

Por isso que a utilização do elemento teleológico é de relevante importância na interpretação jurídica, ao exigir do hermenêuta extrair o fim que inspirou o dispositivo e, por essa razão, limitar o conteúdo normativo para fixar o alcance e a possibilidade prática de determinada exegese, uma vez que o direito é uma ciência normativa ou finalística (MAXIMILIANO, 2011, p. 124-125).

Pois bem, se as leis devem ser compreendidas por suas relações mútuas, cada finalidade normativa guarda indissociável relação de conformidade com a finalidade de todo o conjunto de normas.

O magistério de Miguel Reale esclarece os processos de interpretação até então abordados e os concatena com o elemento finalístico ou teleológico da hermenêutica jurídica, bem como sua relação com os valores extraídos do direito:

toda interpretação jurídica é de natureza teleológica (finalística) fundada na consistência axiológica (valorativa) do Direito; b) toda interpretação jurídica dá-se numa estrutura de

significações, e não de forma isolada; c) cada preceito significa algo situado no todo do ordenamento jurídico. Pois bem, dessa compreensão estrutural do problema resulta, em primeiro lugar, que o trabalho do intérprete, longe de reduzir-se a uma passiva adaptação a um texto, representa um trabalho construtivo de natureza axiológica, não só por se ter de captar o significado do preceito, correlacionando-o com outros da lei, mas também porque se deve ter presentes os da mesma espécie existentes em outras leis: a sistemática jurídica, além de ser lógico-formal, como se sustentava antes, é também axiológica ou valorativa. Não pode absolutamente ser contestado o caráter criador da Hermenêutica Jurídica nesse árduo e paciente trabalho de cotejo de enunciados lógicos e axiológicos para atingir a real significação da lei, tanto mais que esse cotejo não se opera no vazio, mas só é possível mediante contínuas aferições no plano dos fatos, em função dos quais as valorações se enunciam. (2002, p. 291).

Prosseguindo, tema de especial relevo diz respeito às espécies de interpretação quanto à extensão do significado. A impossibilidade de se cristalizar em uma fórmula perfeita tudo que se deva enquadrar em uma norma jurídica impõe a delimitação da ideia fundamental da lei, mais ampla ou mais estreita, a depender das circunstâncias, valores jurídico-sociais e finalidade da norma. A extensão indica o efeito conseguido, isto é, o resultado a que chegará o hermeneuta.

A interpretação declarativa se trata do tipo costumeiro de interpretação, pois parte do pressuposto de que o legislador sabe expressar convenientemente o sentido da norma, isto é, tem técnica e clareza nos enunciados que produz. Nesses casos, o enunciado da interpretação, coincide, em sua amplitude, com as expressões do dispositivo, pois o processo consiste em, sobretudo, declarar o espírito – sentido – da lei, balizado no seu respectivo texto (FRANÇA, 2009, p. 26).

Porém, restritivamente, não se pode considerar a declaração uma interpretação, pois não passa de uma exegese verbal, cujo conteúdo em nada reduz ou acrescenta ao contingente trabalho do hermeneuta (MAXIMILIANO, 2011, p. 165).

Também denominada ampliativa, a interpretação extensiva, por sua vez, refere-se à interpretação segundo a qual a fórmula legal é menos ampla do que o seu sentido, incluindo-se aí as hipóteses nas quais há uma adaptação, dentro dos limites moderados e cientificamente plausíveis, da intenção da lei com a realidade social (FRANÇA, 2009, p. 26).

Se por um lado a exegese extensiva busca extrair do texto mais do que as palavras possam indicar, por outro, a restritiva conclui pela interpretação com menor extensão do que a letra da lei, à primeira vista, traduz. Não significa, com efeito, que há uma restrição do seu sentido, mas um impedimento da dilatação de sua significação (MAXIMILIANO, 2011, p. 162).

Ou seja, em alguns casos a lei pode indicar uma diretiva geral, passível de ser aplicada a fatos não previstos e, em outros, as normas objeto da interpretação podem ter seu significado e alcance reduzidos, em razão da utilização de expressões demasiadamente abrangentes.

Adiante, como já exposto acima, integração, como sinônimo de aplicação, consiste no enquadramento de um caso concreto à norma jurídica adequada. Estritamente, todavia, remete-se à integração do direito somente quando fosse a lei defeituosa, isto é, nos casos em que existem lacunas normativas a serem supridas.

Nesse contexto, cumpre esclarecer que o costume, os princípios gerais de direito, assim como a lei e a jurisprudência não são meios de aplicação ou integração, mas modos de expressão da regra jurídica, isto é, são fontes do direito, a despeito da disposição do art. 4º, do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

O meio normal de integração do direito diz respeito à aplicação das regras da hermenêutica à interpretação da lei e posterior adequação ao caso concreto. Ou seja, trata-se da verdadeira atividade de subsunção, cujo problema é resolvido por um silogismo: a norma jurídica como premissa menor, o fato concreto como a premissa maior e a conclusão como resultado da adequação entre ambos) (FRANÇA, 2009, p. 45).

Esse meio de aplicação também pode ser utilizado pela aplicação suplementar de outras expressões do direito, como o costume, a jurisprudência ou o direito comparado. Nada obstante, a aplicação das expressões suplementares deve ser precedida, se cabível, do recurso da analogia (FRANÇA, 2009, p. 45).

Ou seja, naturalmente o processo de aplicação do direito deve ter como ponto de partida a subsunção do fato às normas expressas, para só então se falar em recurso aos meios de aplicação especiais: a analogia e a equidade.

Abreviadamente, analogia é um meio de integração da norma jurídica, um notório recurso extensivo que permite aplicar a solução prevista na norma para casos semelhantes previstos pelo legislador, porém não expressos (BADARÓ, 2020, p. 128).

Isto é, analogia é um raciocínio que, partindo da solução prevista em lei para determinado objeto, conclui pela validade daquela solução para outro objeto semelhante, porém não previsto expressamente. Assinala-se que a analogia é inadmissível nos casos das leis de caráter criminal, exceto as hipóteses em que a analogia beneficie o réu (FRANÇA, 2009, p. 45).

A equidade também é um meio especial de integração, porém, diferente da analogia, supõe a inexistência de texto claro e inflexível sobre a matéria. A despeito dos seus mais variados significados, a equidade diz respeito à máxima “dar a cada um aquilo que lhe pertence”, isto é, visa traduzir um direito natural de justiça equânime (FRANÇA, 2009, p. 54).

Ainda, mostra-se indispensável ao processo de interpretação e aplicação do direito reconhecer os limites dentro dos quais as normas exercem os seus mandamentos, isto é, em quais ocasiões ela possui eficácia.

Sob a perspectiva da duração, as leis podem ser permanentes ou estáveis e temporárias ou provisórias, fenômenos que revelam o princípio da continuidade das leis, expresso no art. 2º, do Decreto-Lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), segundo o qual a lei terá vigor até que outro ato normativo a modifique ou revogue, desde que não seja uma lei temporária (FRANÇA, 2009, p. 88).

Pode-se falar em revogação quando uma lei temporária ou permanente deixa de ser eficaz, isto é, perde sua obrigatoriedade. Para fins deste estudo, a despeito das mais variadas espécies de revogação, o que mais importa é a revogação das leis com fundamento na hierarquia entre as normas, especificamente a revogação de uma norma ordinária anterior por uma norma constitucional posterior.

Não é preciso repisar as considerações já tecidas sobre a proeminência e posição de destaque que a Constituição Federal de 1988 têm no ordenamento jurídico brasileiro, o que já foi exaustivamente tratado no primeiro capítulo, sobretudo no tópico sobre jurisdição constitucional.

A princípio, se a matéria é de sua atribuição, caberia ao poder regulamentador sanar eventuais ilegalidades e incompatibilidades entre um conflito hierárquico de normas. Todavia, não havendo solução administrativa plausível, cabe ao Poder Judiciário corrigir as ilegalidades no caso concreto. No que tange, às inconstitucionais, não tem cabimento a intervenção do Poder Executivo, porquanto o Poder Judiciário é o guarda supremo e intérprete da Constituição, por excelência (FRANÇA, 2009, p. 100).

Nesse contexto, se a norma anterior à Constituição não guarda compatibilidade de conteúdo com esta, não continuará a vigorar, havendo a hipótese de revogação ou, para alguns doutrinadores, inconstitucionalidade superveniente.

Já se viu no capítulo primeiro que o Supremo Tribunal Federal entende pela primeira possibilidade, de todo o modo, essa compatibilidade deve ser aferida a partir da interpretação das normas constitucionais, atividade que merece algumas considerações.

Em regra, tem-se como requisitos para se declarar a inconstitucionalidade de leis ou ilegalidade de regulamentos que: (a) o direito cuja ofensa se acusa assente em disposição constitucional ou legislativa, (b) haja provocação do interessado, mediante processo regular, (c) o objeto da ação se refira a um caso concreto, cujas anomalias inconstitucionais sirvam para

fundamentar o pedido, (d) a decisão se restrinja ao caso sob exame e (e) o julgado seja exequível tão somente entre as partes (FRANÇA, 2009, p. 100).

Por óbvio que tais regras não se aplicam ao controle concentrado de constitucionalidade, pois aqui se está a tratar da declaração de incompatibilidade entre a lei anterior e a norma constitucional posterior, em caráter incidental.

Percebe-se que a eficácia desses julgados, em princípio, não pode ir além das partes litigantes, uma vez que não existe, propriamente, uma faculdade do Poder Judiciário em revogar leis, uma vez que revogar é legislar, prerrogativa essa que diz respeito às funções do Poder Legislativo.

Tomados isoladamente, as decisões judiciais nada mais são que normas individuais cuja validade é limitada ao caso concreto (KELSEN, 1998, p. 13). Entretanto, a reiteração de julgamentos num mesmo sentido, capaz de criar um padrão normativo tendente a influenciar futuras decisões constitui uma fonte de Direito, a jurisprudência.

Jurisprudência é definida, genericamente, como o conjunto de soluções dadas pelos órgãos do Poder Judiciários às questões jurídicas, porém, se referente a um caso particular, denomina-se jurisprudência a decisão constante e uniforme dos tribunais sobre determinada questão de direito (MAXIMILIANO, 2011, p. 144).

Ela se forma mediante o labor interpretativo dos tribunais, no exercício de sua função específica, vindo à tona a importância na formação do direito, mormente pelos seus poderes de preencher lacunas do ordenamento jurídico no julgamento de casos concretos (SOARES, 2019, p. 156).

Tendo em vista que a jurisprudência veicula a interpretação e aplicação da norma positiva, dando-lhe inteligência e precisando seu alcance, gozando de força construtiva e preservativa da uniformidade dos julgados e da unidade do direito, o papel hermenêutico da criação judicial é evidenciado pelo fenômeno das mudanças jurisprudenciais (SOARES, 2019, p. 158).

Não é por outro motivo que a jurisprudência é a fonte mais geral e extensa da hermenêutica jurídica, na medida em que indica soluções adequadas às necessidades sociais, bem como evita infundáveis questões doutrinárias, de modo que diminui os litígios e reduz ao mínimo os inconvenientes da incerteza do direito (MAXIMILIANO, 2011, p. 147).

Dentre as regras atinentes à jurisprudência, cumpre salientar que na interpretação, o intérprete não deve distinguir quando a lei não distingue, as leis excepcionais ou especiais demandam interpretação restrita, e, diante de resultados diversos sobre o sentido da lei, prefere-se aquele que seja mais coerente com a índole natural do instituto que a norma regula (FRANÇA, 2009, p. 39).

Constitui pedra angular dos sistemas jurídicos a ideia de que a decisão judicial assume não só a função de dirimir uma controvérsia, como também a de estabelecer um precedente, dotado de força vinculante, com o intuito de assegurar que um caso análogo, no futuro, seja decidido da mesma forma (SOARES, 2019, p. 162).

Todavia, a decisão judicial e, conseqüentemente a jurisprudência, certamente não decorrem da pura aplicação da lei a um dado concreto, porquanto a interpretação e aplicação do direito é uma atividade valorativa, que revela a convicção do hermenauta sobre a situação de fato e a norma jurídica, ou seja, denota o conjunto de valores que serviram de inspiração e motivação na investigação da norma adequada.

Logo, no âmbito da atividade jurisdicional, alude-se ao processo de normatização da Constituição, a qual deixa de ser considerada como um diploma normativo de valor meramente programático ou como um conjunto de recomendações e orientações dirigidas ao legislador, para operar como normatividade jurídica e eficácia direta e imediata, isto é, vinculando todos os poderes à ideia de uma legalidade superior da base constitucional (SOARES, 2019, p. 168-169).

A norma constitucional, desse modo, para que possa atuar na solução de problemas concretos e ser aplicada, deve ter o seu conteúdo semântico averiguado, em coordenação com o exame das singularidades da situação real que a norma pretende reger (MENDES, 2017, p. 81).

A interpretação de todas as normas constitucionais é regida, essencialmente, pelo critério valorativo extraído do sistema constitucional, e não da simples análise de cada uma separadamente. Significa dizer que nenhuma liberdade ou direito, nenhuma norma de construção ou organização do Estado será idônea fora dos cânones da interpretação sistemático-teleológica, único processo apto a iluminar a regra constitucional em todas as suas dimensões de sentido com intuito de exprimir corretamente o alcance e grau de eficácia (BONAVIDES, 2011, p. 131).

Dessa ideia de sistema decorrem as noções de unidade, totalidade e complexidade, uma vez que a Constituição é, por excelência, uma unidade que repousa sobre princípios constitucionais, que não só expõem valores políticos e ideológicos, mas também informam e dão substância a toda a ordem constitucional (BONAVIDES, 2011, p. 130).

Em linhas gerais, a hermenêutica é um processo fecundo de adaptação dos textos constitucionais à realidade em transformação constante, pois o intérprete não deve ser um aplicador frio da letra da lei, pelo contrário, deve enxergar no direito um tecido vivo (CAMPOS, 1960, p. 21).

Por isso que a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação

(HESSE, 1991, p. 22-23), porquanto o fenômeno jurídico, incluindo-se, por óbvio, a Constituição, é produto da realidade histórica.

Manifesta, pois, a necessidade de conformação da interpretação e aplicação do direito com as normas constitucionais. Todavia, há alguns princípios norteadores da hermenêutica constitucional que devem ser observados.

A hermenêutica constitucional parte do princípio da unidade da Constituição, isto é, não se interpreta o direito em tiras, como mero exercício de leitura dos textos normativos, mas com vistas à necessidade de encontrar soluções que harmonizem tensões existentes entre as várias normas constitucionais, como um todo unitário (GRAU, 2002, p. 88).

Vislumbra-se, por sua vez, o princípio do efeito integrador na interpretação constitucional como imperativo do reforço à unidade política e favorecimento à integração política e social, pois é função da Constituição promover a integração política e social com respeito às diversidades básicas existentes (MENDES, 2017, p. 93).

Ao lado desses está o princípio da máxima efetividade ou princípio da eficiência, segundo o qual o sentido atribuído à norma constitucional deve ter a maior eficácia, isto é, deve ser ter aplicação imediata (CANOTILHO, 2000, p. 1224), como dispõe o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Em adição, a hermenêutica constitucional deve obediência ao princípio da correção funcional, como um critério orientador da atividade interpretativa, que veda a deturpação do sistema de repartição de funções entre os órgãos e pessoas designadas pela Constituição, corrigindo leituras desviantes da distribuição de competência (MENDES, 2017, p. 94).

Finalmente, o princípio da concordância prática ou harmonização impõe a coordenação e combinação de bens jurídicos em conflito de forma a evitar sacrifício total de uns em relação aos outros (CANOTILHO, 2000, p. 1225).

Quer dizer que o intérprete deve sempre buscar a harmonização máxima entre os direitos em atrito, buscando a melhor medida de sacrifício para uma solução justa e proporcional ao caso concreto (MENDES, 2017, p. 95).

Levando em consideração que as considerações tecidas até então se referem aos critérios gerais da hermenêutica jurídica, com a subsequente exposição dos aspectos mais relevantes da hermenêutica constitucional, imperiosa a abordagem das diretrizes específicas que orientam a interpretação e aplicação das normas penais.

Assim como em todas as áreas clássicas do direito, como guardião da legalidade constitucional, a principal função do juiz é, em particular do juiz criminal, anteriormente ao julgamento dos fatos, julgar a compatibilidade formal e material da lei a ser aplicada com a Constituição (QUEIROZ, 2001, p. 39).

Especificamente, porém, em relação às normas penais, nos casos em que subsista dúvida entre o sentido e as palavras da lei, imperioso acolher o princípio do *in dubio pro reo*, o mesmo critério de solução nos casos de provas duvidosas no processo penal. Quando não for possível descobrir a vontade da lei com clareza, o intérprete deve obediência à máxima *favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda*, isto é, a lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu, e extensivamente no caso contrário (HUNGRIA, 1958, p. 86).

Em sentido diverso, pode-se considerar equivocada a afirmação de que a interpretação deva ser mais benévola ou mais rigorosa, porquanto a finalidade da interpretação é descobrir o verdadeiro significado e sentido da norma jurídica, não fazendo sentido falar em *in dubio pro reo*, pois é um princípio de valoração da prova e não do campo da interpretação da norma jurídica (BITENCOURT, 2020, p. 424).

Em um meio termo, o princípio do *in dubio pro reo* indica a atitude necessária ao intérprete das leis penais para entender uma expressão legal que possui sentido duplo ou múltiplo, mas pode ser descartado diante de contradições da lei com todo o resto do sistema (ZAFFARONI, 2015, p. 164).

Isso não significa que os meios especiais de integração do direito possam ser aplicados indistintamente na seara penal, pelo contrário.

Em relação às normas penais incriminadoras, a partir do princípio da legalidade, especificamente o da reserva legal, insculpido no art. 1º, do Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”, é defesa quaisquer possibilidades de integração ou complementação.

No que tange às normas penais não incriminadoras – que é o caso das disposições penais sobre prescrição – essas não são alcançadas pelo princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*, isto é, podem ter suas lacunas integradas ou complementadas pela analogia, desde que, em hipótese alguma, agravem a situação do infrator (BITENCOURT, 2020, p. 451).

Em outras palavras, é vedada a utilização da analogia, em razão do mesmo princípio da legalidade, salvo nos casos em que for benéfico ao réu, falando-se em analogia *in bonam partem*. Porquanto parte-se da premissa de que é categoricamente proibido o recurso à analogia quando for utilizada para prejudicar o agente, seja ampliando o rol de circunstâncias agravantes, seja ampliando

o conteúdo dos tipos penais, ou para abranger hipóteses não previstas em lei. De outra banda, além de ser perfeitamente viável a analogia *in bonam partem*, é necessária para não se chegar a soluções absurdas (GRECO, 2016, p. 95).

A interpretação das normas penais deve, pois, seguir as diretrizes aplicáveis a todas as outras, porém, só compreende os casos estritamente delimitados pela lei, o que se traduz na proibição de se estender, por analogia ou paridade, o sentido das normas para prejudicar os defendentes (MAXIMILIANO, 2011, p. 262).

Isso significa que as disposições que restringem a liberdade humana ou afetam a propriedade, incluindo-se, sobretudo os preceitos tendentes a agravar qualquer penalidade, devem ser interpretados restritivamente (MAXIMILIANO, 2011, p. 263).

Finalmente, consoante já mencionado, a jurisprudência é, em regra, uma forma de expressão e uma fonte do direito. No entanto, na esfera penal, a jurisprudência não constitui fonte do direito penal, uma vez que o órgão jurisdicional, ao julgar uma demanda, aplica o direito àquele caso concreto, mas não cria ou emana direitos, mas os declaram (BITENCOURT, 2020, p. 418).

Excetuando-se o seu valor de interpretação doutrinária, a jurisprudência não é fonte de direito penal, imperando a máxima *non exemplis sed legibus judicandum est*, ou seja, o juiz deve julgar, não pelos arestos, mas pelas leis (ALMEIDA JÚNIOR, 1918, p. 24-25).

Diante dessas noções, extrai-se que a hermenêutica jurídica é plenamente aplicável à esfera penal, pois o intento primordial da interpretação é, justamente, buscar o sentido verdadeiro das expressões legais.

Nada obstante, essa atividade, está subordinada aos limites formais e materiais previstos na Constituição, sem olvidar das restrições relativas à esfera penal, sobretudo a fiel vinculação ao texto, à exceção das interpretações que beneficiem, de alguma forma, a situação do eventual infrator.

#### 4.2 ANÁLISE DO CONTEÚDO DOS JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O presente trabalho chega ao seu objetivo central: analisar o conteúdo dos julgados do Supremo Tribunal Federal no que tange ao termo inicial da prescrição da pretensão executória, a partir das noções elementares apresentadas no primeiro capítulo – Estado Democrático de Direito, jurisdição constitucional, competência do Supremo Tribunal Federal e controle de constitucionalidade – e aportes normativos e doutrinários quanto à prescrição, os quais foram expostos no segundo capítulo.

A técnica utilizada à abordagem dos julgados é a análise de conteúdo, compreendida como:

Um conjunto de técnicas de análise das comunicações visando obter, por procedimentos, sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, indicadores que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção (variáveis inferidas) destas mensagens. (BARDIN, 1977, p. 42).

Em outras palavras, o intento desta parte do trabalho é, rigorosamente, averiguar aquilo que está por trás das palavras (BARDIN, 1977, p. 42) nos julgados do Supremo Tribunal Federal, isto é, além de uma mera interpretação dos fundamentos da decisão, avaliar, na medida do possível, os fundamentos teóricos e referências normativas, ainda que implícitos, nas razões adotadas pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, a partir da pesquisa bibliográfica realizada nos dois primeiros capítulos e na primeira parte do terceiro capítulo.

Inicialmente, todos os precedentes foram coletados no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, devidamente referenciados com o documento que revela o inteiro teor das decisões, ocasião na qual se procedeu à pré-análise e escolha dos documentos (BARDIN, 1977, p. 96).

Em um segundo momento, no que tange à exploração do material obtido (BARDIN, 1977, p. 101), justifica-se que os precedentes relativos ao objeto do presente trabalho são todos posteriores ao julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078, que ocorreu no dia 05/02/2009, porquanto, como já apontado no segundo capítulo, consolidou-se o entendimento no sentido de ser vedada a execução provisória da pena, influenciando diretamente no conceitos relativos ao instituto da prescrição e, conseqüentemente, nos julgados do Supremo Tribunal Federal.

Finalmente, após a pré-análise e exploração dos materiais, a análise sintetizará os resultados, inferências e interpretações (BARDIN, 1977, p. 102) com vistas a sistematizar o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao termo inicial da prescrição da pretensão executória.

#### **4.2.1 Precedentes em controle incidental de constitucionalidade a partir do julgamento do Habeas Corpus n. 84.078**

Consoante já mencionado no primeiro capítulo primeiro, especificamente sobre o controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal tem competência, além da via abstrata, para processar e julgar diversas outras questões em controle difuso de constitucionalidade.

Em razão disso, além de o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro funcionar, com as devidas ressalvas, como Corte ou Tribunal Constitucional, é também a última instância recursal, sobressaindo-se, ainda, o fato de que a maioria dos casos de controle difuso de constitucionalidade,

em relação ao art. 112, I, do Código Penal, é por impetração direta de *Habeas Corpus* ou em Recurso Ordinário de *Habeas Corpus* àquela corte.

O primeiro precedente analisado é o *Habeas Corpus* n. 94.185, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 04/08/2009. Referido acórdão reconheceu a intempestividade do recurso especial do Ministério Público e, conseqüentemente, anulou a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, de modo que, amparado na disposição literal do art. 112, I, do Código Penal, reconheceu a prescrição da pretensão executória, cujo termo inicial se deu a partir do trânsito em julgado à acusação. (STF, HC 94185, Relator: Joaquim Barbosa, julgamento em: 04 ago. 2009)

Sem maiores digressões, infere-se do voto condutor a opção pela consagração do princípio da legalidade e, obviamente, pela utilização do critério da especialidade das normas penais em relação às constitucionais, a despeito de a decisão ser posterior ao entendimento de que a presunção de inocência obsta a execução provisória da pena.

Já no Recurso em *Habeas Corpus* n. 101.358, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, julgado em 24/08/2010, vislumbra-se que a decisão colegiada, embora implicitamente, parte do pressuposto de que só é possível averiguar a prescrição da pretensão executória se constatado o trânsito em julgado definitivo, porém utiliza como marco inicial de contagem o trânsito em julgado à acusação, em atenção à legalidade e ao Estado Democrático de Direito. (STF, RHC 101358, Relatora: Ellen Gracie, julgamento em: 24 ago. 2010)

Nesse caso, o paciente foi condenado a uma pena de um ano de reclusão, a qual prescreve em quatro, concluindo o julgado, portanto, a ocorrência da prescrição da pretensão executória, porquanto transcorrido esse lapso entre o trânsito em julgado à acusação (01/02/2003) até a data do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Ou seja, extrai-se do julgado, tacitamente, a influência dos processos gramatical e lógico da hermenêutica, uma vez que em nenhum momento a fundamentação aborda eventuais incompatibilidades do dispositivo ou sua finalidade última, de modo que optou pela subsunção do caso em concreto à previsão legal explícita.

Prosseguindo, o Recurso em *Habeas Corpus* n. 105.504, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgado em 13/12/2011, considera como termo inicial da prescrição da pretensão executória o trânsito em julgado para a acusação. (STF, RHC 105504, Relator: Dias Toffoli, julgamento em: 13 dez. 2011)

O ponto de relevância do julgado, entretanto, se refere à conclusão de que o marco interruptivo da prescrição da pretensão executória é a data da unificação das penas e não o cumprimento integral da primeira pena.

Para justificar esse posicionamento, aduz que o Estado não pode exercer sua pretensão executória se já está exercendo em virtude da outra condenação, de modo que raciocínio diverso contrariaria o fundamento teórico do decurso de tempo (teoria do esquecimento de fato), da correção do condenado (teoria da expiação ou do criminoso ou da moral) e a negligência da autoridade (teoria da presunção de ineficiência do Estado).

Isto é, além de optar pelo processo gramatical e processo lógico, há uma latente utilização do processo histórico de interpretação, pois o julgado se preocupa em abalizar os fundamentos teóricos e históricos do instituto da prescrição.

A título de exemplo, interessante mencionar, ainda, que no *Habeas Corpus* n. 108.977, de relatoria do Ministro Ayres Britto, julgado em 07/02/2012, em um caso de crime militar, consignou-se ser inaplicável o art. 112, I, do Código Penal, aos crimes militares, uma vez que o art. 126, § 1º, a, do Código Penal Militar, estipula expressamente que a prescrição da pretensão executória somente tem início a partir do trânsito em definitivo, sendo inaplicável as disposições do Código Penal, em razão do princípio da especialidade. (STF, HC 108977, Relator: Ayres Britto, julgamento em: 07 fev. 2012)

Por óbvio que o presente trabalho trata, nomeadamente, do termo inicial da prescrição da pretensão executória previsto no Código Penal. Porém, a relevância desse precedente ao estudo é manifesta, sobressaindo-se o fato de que em variados casos os defendentes recorrem ao Supremo Tribunal Federal pugnando pela aplicação de norma mais benéfica a eles, que é a disposta no Código Penal.

Entretanto, nesses casos não há que se falar em analogia *in bonam partem*, muito menos interpretação extensiva, pois não há lacuna a ser suprida no Código Penal Militar, e sim uma regra específica quanto ao termo inicial da prescrição da pretensão executória, que estaria em harmonia com o entendimento em vigor sobre o conteúdo e extensão da presunção de inocência.

Adiante, o acórdão proferido no *Habeas Corpus* n. 110.133, de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 03/04/2012, assentou o entendimento de que, nos termos do art. 112, I, do Código Penal, a prescrição da pretensão executória flui a partir do trânsito em julgado à acusação, embora no caso concreto o marco tenha coincidido com o trânsito em julgado definitivo. (STF, HC 110133, Relator: Luiz Fux, julgamento em: 03 abr. 2012)

O caso concreto, em particular, não enseja maiores digressões por sua própria peculiaridade: o trânsito em julgado à acusação ocorreu no mesmo tempo em que transitou em julgado a sentença condenatória à defesa.

No entanto, extrai-se, outra vez, a orientação da interpretação no sentido de privilegiar o Estado Democrático de Direito e o princípio da legalidade, vez que o julgado, em momento algum, buscou averiguar a constitucionalidade ou sequer trouxe a discussão sobre fortuita incompatibilidade do art. 112, I, do Código Penal, com a Constituição Federal.

Com efeito, o primeiro precedente do Supremo Tribunal Federal que relativizou o imperativo contido no art. 112, I, do Código Penal, foi o Agravo Regimental do Recurso Extraordinário com Agravo n. 682.013, de relatoria da Ministra Rosa Weber, julgado em 11/12/2012. (STF, ARE 682013 AgR, Relatora: Rosa Weber, julgamento em: 11 dez. 2012)

Nesse precedente, e aqui se justifica a razão pela qual o presente estudo analisa os julgados posteriores ao *Habeas Corpus* n. 84.078, afastou-se a regra do Código Penal sob o fundamento de que, se a pretensão executória está condicionada ao trânsito em julgado definitivo, e amparado no princípio da *actio nata*, faz-se necessário reinterpretar o art. 112, I, do Código Penal, no sentido de ser insuficiente, tão somente, o trânsito em julgado à acusação.

O princípio da *actio nata* se refere ao já abordado conceito do nascimento da pretensão estatal, isto é, o poder-dever de exigir a execução da pena, após a devida aplicação de uma sanção punitiva, com respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Depreende-se desse raciocínio a ideia de que não é possível exercer o direito de ação – promoção da execução da pena – se a execução provisória da pena é obstada pelo princípio da presunção de inocência.

Nitidamente o voto opta pelo processo sistemático-teleológico de interpretação das normas, sobretudo por mencionar princípio originariamente de direito processual civil (*actio nata*), para embasar sua conclusão.

Todavia, a mencionada necessidade de reinterpretação do art. 112, I, do Código Penal, com a Constituição Federal não é esmiuçada, em outras palavras, o precedente é carente de fundamentação quanto à espécie da suposta inconstitucionalidade do dispositivo legal, ou se seria caso de revogação do dispositivo pela Lei Fundamental.

Ao revés, a decisão proferida no *Habeas Corpus* n. 113.715, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, asseverou que o Supremo Tribunal Federal tem entendimento consolidado quanto ao termo inicial da prescrição da pretensão executória nos exatos termos do art. 112, I, do Código Penal,

concedendo a ordem para cassar os acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e do Superior Tribunal de Justiça, os quais deram provimento ao Agravo em Execução Penal interposto pelo Ministério Público, contra decisão do juízo das execuções que declarou extinta a punibilidade do paciente. (STF, HC 113715, Relatora: Cármen Lúcia, julgamento em: 16 abr. 2013)

O precedente dispõe de fundamentação sucinta, de cujo conteúdo se deduz a opção pelos processos gramatical e lógico, bem como pela fiel vinculação ao diploma legal – princípio da legalidade –, uma vez que se limita a verificar o transcurso do prazo prescricional entre a data do trânsito em julgado da sentença penal condenatória à acusação e o início do cumprimento da pena imposta ao paciente.

Oportuno mencionar que, a despeito de a Relatora pontuar que o Supremo Tribunal Federal teria sedimentado a questão, deixou de mencionar, justamente, o primeiro precedente contrário à sua conclusão: o Agravo Regimental do Recurso Extraordinário com Agravo n. 682.013.

No mesmo sentido do Agravo Regimental do Recurso Extraordinário com Agravo n. 682.013, o aresto do *Habeas Corpus* n. 115.269, de relatoria da Ministra Rosa Weber, julgado em 10/09/2013, afastou a regra do Código Penal, no entanto, de modo mais elaborado. (STF, HC 115269, Relatora: Rosa Weber, julgamento em: 10 set. 2013)

Em seu voto, a Relatora inicia aduzindo que a disposição do art. 112, I, do Código Penal, fazia sentido quando se admitia a execução provisória da pena privativa de liberdade após o esgotamento das vias recursais ordinárias, não mais a partir do julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078, uma vez reputada a execução provisória inconstitucional.

Além, o acórdão faz menção à ideia de título executivo judicial, o qual somente se aperfeiçoa com o trânsito em julgado definitivo. Pontua, ainda, que, à luz do princípio da *actio nata*, antes do nascimento da pretensão (executória), a prescrição não pode operar, porquanto é da natureza do instituto a inércia ou desinteresse do titular quanto ao seu exercício.

Desse raciocínio já se verifica a influência da teoria da presunção de ineficiência do Estado, abordada no capítulo segundo do presente trabalho, uma vez que esse fundamento teórico da prescrição obsta a aplicação da sanção por desídia ou negligência estatais, as quais não foram verificadas nesse precedente.

Do conteúdo do julgado se extrai, ainda, o processo de interpretação sistemático-teleológico, tendo em vista que o voto faz menção à necessidade de se “preservar a organicidade do sistema, à luz da Norma Fundamental” e ao processo teleológico, sobretudo pela preocupação prática da

interpretação literal do art. 112, I, do Código Penal, que ocasionaria “estímulo à interposição infundada de recursos”.

Essa preocupação firmada no voto não diz respeito, tão somente, aos recursos defensivos, os quais teriam caráter meramente protelatório, mas também aos recursos temerários do órgão ministerial, cuja finalidade última seria impedir o trânsito em julgado à acusação e, por óbvio, a fluência do prazo da prescrição da pretensão executória.

Sobre a necessidade de formação última e inalterável do título executivo, pode-se inferir a preocupação quanto à formação da coisa julgada para se falar em prescrição da pretensão executória, ou seja, a necessidade de esgotamento de todas as vias recursais ordinárias que trariam a característica de imutabilidade à sentença penal condenatória.

Veladamente, a decisão colegiada zela pelos princípios da unicidade e logicidade do ordenamento jurídico, inclusive na via difusa, tendo em vista a pontuada busca pela preservação lógica e correção do conjunto normativo para evitar deformações ou reverberações desvirtuadas em outros sistemas.

Outra vez deixou o julgado de pormenorizar se o caso é de inconstitucionalidade – e de qual espécie seria – ou caso de revogação pela ordem constitucional posterior do dispositivo penal, muito menos sobre os possíveis efeitos que uma ou outra conclusão poderia ensejar na realidade jurídica.

Entretanto, o voto-vista do Ministro Dias Toffoli expõe sua preocupação quanto a relevância jurídica do tema e a impossibilidade de tratar do assunto no âmbito estrito da Primeira Turma, por força da cláusula de reserva de plenário, já abordada no primeiro capítulo deste trabalho.

De certo modo, para além, a suposta omissão quanto à natureza da incompatibilidade do art. 112, I, do Código Penal, com o princípio da presunção de inocência é suprida pelo Ministro Dias Toffoli, ao considerar o caso como não recepção da expressão “para a acusação”, o que constituiria revogação parcial do dispositivo previsto na lei penal.

Contrariamente, o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 771.598, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, julgado em 04/02/2014, interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal, teve seu provimento negado sob os mesmos fundamentos do *Habeas Corpus* n. 113.715, isto é, que o Supremo Tribunal Federal tem entendimento firmado quanto à aplicação literal do art. 112, I, do Código Penal, limitando-se a mencionar alguns julgados nesse sentido. (STF, RE 771598 AgR, Relatora: Cármen Lúcia, julgamento em: 04 fev. 2014)

Para rechaçar o argumento do agravante de que o Supremo Tribunal Federal mudou de entendimento quanto ao termo inicial da prescrição da pretensão executória após o julgamento do

*Habeas Corpus* n. 84.078, mais uma vez o voto não faz menção aos precedentes em sentido contrário, tão somente aos que dão guarida à fundamentação do acórdão, optando pela consagração do princípio da legalidade e da utilização do processo gramatical e processo lógico de interpretação.

A decisão do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 764.385, de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 13/05/2014, também decidiu pela literalidade do art. 112, I, do Código Penal, embasado no argumento de que o Supremo Tribunal Federal já sedimentou o tema, citando, para tanto, alguns precedentes favoráveis às suas razões de decidir, omitindo, entretanto, os em sentido diverso. (STF, ARE 764385 AgR, Relator: Luiz Fux, julgamento em: 13 mai. 2014)

Por sua vez, o aresto da Questão de Ordem nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 649.401, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgado em 10/02/2015, afastou a disposição expressamente prevista no Código Penal, com fundamento no conceito de título executivo judicial, ao fazer alusão à impossibilidade de se executar a sanção penal quando pendente recurso defensivo, bem como na ideia de prescrição como sanção à inércia do titular do direito. (STF, AI 649401 AgR-ED-ED-QO, Relator: Marco Aurélio, julgamento em: 10 fev. 2015)

O julgado parte do fundamento teórico da negligência da autoridade (teoria da presunção de ineficiência do Estado), e do princípio da *actio nata*, porquanto sustenta que até a circunstância do caso em concreto, isto é, a inexistência de trânsito em definitivo da sentença penal condenatória, ainda não nasceu a pretensão executória.

Ao se utilizar da expressão “antes de selada a culpa”, o precedente faz clara alusão ao conteúdo do princípio da presunção de inocência – ou não culpabilidade – como óbice ao início do prazo da prescrição da pretensão executória.

O próximo julgado no qual se discute o assunto em questão é o Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 107.710, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, julgado em 09/06/2015. (STF, HC 107710 AgR, Relator: Roberto Barroso, julgamento em: 09 jun. 2015)

O acórdão, igualmente, repisou os fundamentos de que o art. 112, I, do Código Penal, teve seu sentido esvaziado desde o julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078, porquanto só há que se falar em prescrição em caso de não ser exercida a tempo a pretensão executória estatal, em clara referência, novamente, à teoria da presunção da ineficiência do Estado e ao conceito de título executivo judicial.

A referência ao antigo entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de execução provisória da pena traz à tona os processos histórico e sistemático-finalístico de

interpretação, pois sustenta que a interpretação literal do dispositivo penal só fazia sentido dentro do contexto de relativização do princípio da presunção de inocência, não mais encontrando compatibilidade com a exigência de esgotamento de todas as vias recursais para concluir pela culpabilidade do indivíduo.

Na mesma senda, o acórdão da *Habeas Corpus* n. 110.232, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgado em 14/11/2017, entendeu pelo afastamento da disposição expressa do art. 112, I, do Código Penal. (STF, HC 110232, Relator: Marco Aurélio, julgamento em: 14 nov. 2017)

Considerou ser impróprio falar em inércia do Ministério Público na execução penal quando não há condenação transitada em julgado para ambas as partes, razão pela qual o “marco inicial da prescrição da pretensão executória coincide com a data em que possível a execução do título judicial condenatório”.

Com facilidade se vislumbra, igualmente, a utilização da teoria da presunção de ineficiência do Estado e a característica de imutabilidade da sentença penal condenatória que é uma decorrência do esgotamento de todas as vias recursais, constituindo a coisa julgada.

Outro relevante julgado é o Recurso Extraordinário n. 696.533, de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 06/02/2018. (STF, RE 696533, Relator: Luiz Fux, Relator p/ Acórdão: Roberto Barroso, julgamento em: 06 fev. 2018)

Para fins de esclarecimento, o recorrente era Prefeito, no entanto, após a interposição do recurso especial – de competência, por óbvio, do Superior Tribunal de Justiça – foi diplomado Deputado Federal, atraindo a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, pois esse é o órgão competente para julgamento das ações penais contra membros do Congresso Nacional, como já exposto no capítulo primeiro.

Em linhas gerais, o precedente reputa inadmissível o início da contagem do prazo da prescrição da pretensão executória enquanto não haja, propriamente, um título executivo judicial, que exige o trânsito em julgado para ambas as partes.

Para sustentar essa conclusão, o acórdão se remete ao fundamento da negligência da autoridade e ao processo sistemático de interpretação, sustentando que a extinção da pretensão executória pelo decurso do prazo prescricional pressupõe a inércia do Estado, o que não poderia ser verificado no caso em que o Ministério Público sequer tem a possibilidade de executar a sanção aplicada enquanto pendentes recursos defensivos.

O julgado ainda faz menção às supostas manobras procrastinatórias da defesa, que seriam atentatórias contra a inafastabilidade da jurisdição e, mais especificamente, à justiça efetiva, em clara

preocupação quanto aos resultados da interpretação, remetendo-se ao elemento teleológico ou finalístico.

Em seguida, com fundamentação praticamente idêntica à decisão colegiada do Habeas Corpus n. 110.232, o aresto dos Embargos de Declaração no Segundo Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.054.714, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgado em 15/05/2018, considerou ser impróprio falar em inércia do Ministério Público e, conseqüentemente, prescrição da pretensão executória, se a sentença penal condenatória ainda não transitou em julgado. (STF, ARE 1054714 AgR-segundo-ED, Relator: Marco Aurélio, julgamento em: 15 mai. 2018)

Por fim, o Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 155.211, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado em 20/09/2019, por maioria, entendeu pela escorreita e literal aplicação do art. 112, I, do Código Penal. (STF, RHC 155211 AgR, Relator: Gilmar Mendes, julgamento em: 20 set. 2019)

Em voto sucinto, o Ministro Gilmar Mendes afirma que não desconhece a discussão, porém considera que o referido dispositivo é norma penal material, a qual é sujeita ao princípio da reserva legal, insuscetível de modulação pelo Poder Judiciário.

Para além, considera o Relator que a legislação é falha, porém não cabe aos órgãos judiciais realizar interpretações seletivas para prejudicar o réu.

Evidentemente, a fundamentação do acórdão analisa, de maneira inédita, a natureza do dispositivo legal em comento com a regra especial de interpretação das normas penais, isto é, da vedação de interpretações que conduzam à piora da situação dos defendentes, consubstanciada no brocardo *in dubio pro reo*.

Ao citar que a “falha do legislador” não poderia ser suprida pelo Poder Judiciário, há uma clara referência ao princípio da separação de poderes em um Estado Democrático de Direito. Porquanto, a despeito da incompatibilidade manifesta e da competência do Supremo Tribunal Federal em prezar pela proeminência da Constituição, reputou inconstitucional a interferência do Poder Judiciário, pois a correção deve ser feita pelo Poder Legislativo, que é o órgão competente para legislar sobre matéria penal.

De outra banda, do voto vencido do Ministro Edson Fachin se infere a utilização dos princípios da unidade e logicidade do ordenamento jurídico, pois assenta que o sistema jurídico não pode “albergar incompatibilidade lógica”.

Extraí-se, também, o fundamento teórico da presunção de ineficiência do Estado, pois reputa impensável punir o Ministério Público por suposta inércia quando, em realidade, não pode executar a sanção aplicada, justamente porque não há título executivo judicial.

Ainda que a pretensão da presente investigação científica é analisar todos os precedentes do Supremo Tribunal Federal em relação ao termo inicial da prescrição da pretensão executória, julgados após o dia 05/02/2009, por limitações do próprio sistema de busca de jurisprudência desse Tribunal, é plenamente plausível que alguns precedentes sobre esse tema em específico não tenham sido mencionados, por dois motivos centrais.

Primeiro, os termos de busca relativos ao objeto desta investigação podem não estar explicitamente contidos na ementa ou no inteiro teor dos julgados, impedindo, dessa forma, o levantamento geral de todos os precedentes.

Segundo, descartou-se, para evitar tautologias e análises rasas, os julgados nos quais a fundamentação do acórdão se limitava a repisar as razões de decidir de decisões monocráticas, muitas vezes com um parágrafo apenas.

Levando em conta essas considerações, estatisticamente, a partir da amostragem desta investigação, há a predominância de oito julgados no sentido de aplicar a disposição literal do art. 112, I, do Código Penal, a despeito dos seis julgados que afastaram o dispositivo.

Pontua-se, ainda, que o *Habeas Corpus* n. 110.133 não deve constar nessa análise quantitativa, pois esse precedente se refere à aplicação das normas do Código Penal Militar, utilizado tão somente a título de exemplo e raciocínio jurídico.

Como se pode observar, todos os seis precedentes que afastaram a regra expressa do Código Penal partem, implícita ou explicitamente, do fundamento teórico da prescrição quanto à negligência estatal, isto é, da teoria de presunção de ineficiência do Estado, concluindo que não se pode falar em inércia se não há a possibilidade de se exercer a pretensão executória da pena.

O óbice ao exercício dessa pretensão se encontraria no entendimento consagrado no *Habeas Corpus* n. 84.078, quanto ao princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, ocasião na qual se reputou inconstitucional a execução provisória da pena.

Pelo processo histórico de interpretação, a partir do qual se analisam os fundamentos teóricos e históricos do instituto, a aplicação literal do art. 112, I, do Código Penal, só faria sentido no contexto de edição do dispositivo (1984) até o exaustivamente citado julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078 (05/02/2009).

Porquanto seria indispensável à formação do título executivo judicial condenatório, passível, obviamente, de execução, a característica de imutabilidade, em outras palavras, a partir da constituição da coisa julgada, que só se dá após o esgotamento de todas as vias recursais.

Esse raciocínio se remete, evidentemente, ao processo sistemático-teleológico, diante das preocupações de “harmonizar”, “compatibilizar”, “interpretar à luz” o art. 112, I, do Código Penal, com a Constituição Federal, com vistas aos princípios de unicidade e logicidade do ordenamento jurídico.

Todavia, esses julgados carecem de fundamentação quanto à natureza e espécie da eventual constitucionalidade – ou se seria caso de revogação –, aos efeitos de possível declaração de inconstitucionalidade, muito menos uma análise, ainda que mínima, sobre a delimitação de competência do Supremo Tribunal Federal para exercer o seu mister ou no que tange aos limites da jurisdição constitucional e da hermenêutica jurídica às normas penais, à exceção do voto-vista do Ministro Dias Toffoli no *Habeas Corpus* n. 115.269, que vagamente tratou do assunto.

Por sua vez, os precedentes que aplicaram literalmente o art. 112, I, do Código Penal, também não se aprofundaram, com a diligência esperada de um Tribunal Constitucional, sobre as concepções de Estado Democrático de Direito, vinculação do Poder Judiciário à ordem jurídica positiva, regras específicas de interpretação das normas penais e fundamentos teóricos da prescrição.

Em realidade, todos os oito precedentes favoráveis à tese mais benéfica aos defendentes limitaram-se a mencionar o dispositivo do Código Penal e precedentes que o aplicavam no mesmo sentido, excetuando-se o voto do Ministro Gilmar Mendes no *Habeas Corpus* n. 155.211, o qual, em menos de uma página, faz alusão ao caráter material do art. 112, I, do Código Penal, à impossibilidade de se realizar interpretações desfavoráveis aos réus – *in dubio pro reo* – e, conseqüentemente, o impedimento do Poder Judiciário em usurpar a função legislativa, a quem cabe, efetivamente, a alteração do texto legal.

Se por um lado a massiva revisão bibliográfica – realizada nos dois primeiros capítulos e na primeira parte do terceiro capítulo – revela a densidade e extensão do conteúdo relativo ao termo inicial da prescrição da pretensão executória, a qual, frise-se, nem de longe esgota o tema, não se verifica, de outro vértice, a mesma consistência teórica esperada nos precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Em outros termos, a análise de conteúdo realizada neste estudo se mostra, infelizmente, escassa, não pela inexistência de pressupostos teóricos e dogmáticos, mas pela singela e discreta fundamentação dos próprios julgados.

De todo modo, a controvérsia será avaliada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, como exposto na sequência.

#### **4.2.2 O *leading case* Agravo em Recurso Extraordinário n. 848.107 e o Tema 788**

Dentro desse contexto de intensa discussão e divergência sobre o termo inicial da prescrição da pretensão executória, no Agravo em Recurso Extraordinário n. 848.107, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgado em 11/12/2014, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema. (STF, ARE 848107 RG, Relator: Dias Toffoli, julgamento em: 11 dez. 2014)

No caso em concreto, o Ministério Público do Distrito Federal interpôs recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, o qual manteve a decisão do juízo das execuções penais que reconheceu a ocorrência da prescrição da pretensão executória, pois transcorrido lapso prescricional entre o trânsito em julgado à acusação e o início do resgate da reprimenda.

Em suas razões recursais, o órgão ministerial aduz que, a partir do julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078, ante o princípio da não culpabilidade, é vedada a execução provisória da pena, razão pela qual haveria uma necessidade de interpretação do art. 112, I, do Código Penal, fundada no interesse público, “sob pena de tornarem-se infrutíferas as execuções penais do país, todas fulminadas pela prescrição”. Para tanto, alegou que o acórdão recorrido teria violado o art. 5º, II e LVII, da Constituição Federal Brasileira de 1988, ao aplicar a disposição expressa do art. 112, I, do Código Penal.

Para além de sustentar suposta violação à presunção de inocência, curiosamente o Ministério Público alegou que o acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ao aplicar literalidade contida no art. 112, I, do Código Penal, violou o princípio da legalidade, por mais contraditório que possa parecer.

Consoante já exposto no capítulo primeiro deste trabalho, o reconhecimento da repercussão geral está condicionado à demonstração da relevância e transcendência da causa, o que, de fato, foi reconhecido pelo Ministro Relator Dias Toffoli, sob o argumento de que o tema apresenta densidade constitucional e extrapola o interesse das partes, além de que a submissão do tema ao Plenário possibilitará a consolidação da orientação do Supremo Tribunal Federal.

Como corolário, o reconhecimento da repercussão geral ensejou o Tema 788 do STF (Termo inicial para a contagem da prescrição da pretensão executória do Estado: a partir do trânsito em julgado para a acusação ou a partir do trânsito em julgado para todas as partes), cuja descrição é a seguinte:

Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 5º, II e LVII, da Constituição Federal, a recepção, ou não, pela Carta Magna de 1988 do art. 112, I, do Código Penal, segundo o qual a prescrição da pretensão executória começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação. (STF, Tema 788, Relator: Ministro Dias Toffoli, julgamento em: 10 jun. 2021)

Oportuno apontar, ainda, que a Procuradoria-Geral da União, representada por Rodrigo Janot Monteiro de Barros, manifestou-se pelo reconhecimento da repercussão geral e provimento do recurso do Ministério Público. (STF, Repercussão geral no Recurso Extraordinário com Agravo 848.107/DF, Relator: Ministro Dias Toffoli, julgamento em: 17 ago. 2015)

Em síntese, a partir de um processo sistemático-teleológico, o parecer sustenta que a aplicação literal do art. 112, I, do Código Penal, em contraste com a nova orientação dada à presunção de inocência pelo julgamento do *Habeas Corpus* n. 84.078, resulta em incoerência do sistema.

Ainda, aduz que a prescrição compreendida como sanção contra a inércia do titular da pretensão é universal, não se podendo falar em inércia do Ministério Público quando sequer tem a possibilidade de executar a sanção aplicada antes do trânsito em julgado definitivo da sentença penal condenatória, em clarividente alusão ao fundamento teórico da prescrição quanto à negligência do Estado.

Ademais, pontua que raciocínio diverso implicaria violação ao princípio da proporcionalidade, ao devido processo legal e à isonomia, uma vez que, segundo o princípio da vedação de proteção deficiente, o Estado não só tem o dever de não violar bens jurídicos de índole constitucional, mas também proteger e promover esses bens de maneira suficiente, de modo a não causar disparidade na relação processual entre os litigantes, muito menos frustrar execuções penais por regras evidentemente desequilibradas.

É possível inferir que o parecer da Procuradoria-Geral da República reproduz, quase que integralmente, todos os argumentos já mencionados na análise de conteúdo dos julgados que afastaram a regra insculpida no art. 112, I, do Código Penal, com pouca margem de inovação

Finalmente, ressalta-se que o julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal está agendado para o dia 10/06/2021, oportunidade na qual, finalmente, o órgão de cúpula do Poder Judiciário consolidará o entendimento quanto ao termo inicial da prescrição da pretensão executória, e, por bem ou por mal, encerrará essa discussão de mais de doze anos.

## 5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente trabalho permitiu que se fizesse uma análise sobre os limites de atuação do Supremo Tribunal Federal no que tange à interpretação e aplicação das normas de direito penal, especificamente quanto ao termo inicial da prescrição da pretensão executória. O problema central que norteou esta pesquisa científica estava no questionamento sobre a possibilidade de o órgão de cúpula do Poder Judiciário harmonizar o art. 112, I, do Código Penal com o princípio da presunção de inocência. Fora partindo dessa problemática que toda a pesquisa se desenvolveu, supondo-se, inicialmente, que o início da contagem da prescrição da pretensão executória condicionado ao trânsito em julgado da sentença condenatória violaria a competência privativa da União para legislar sobre direito penal.

Concluiu-se no primeiro capítulo que, via de regra, os órgãos jurisdicionais estão subordinados ao império da lei, relação que não estabelece hierarquia ou proeminência do Poder Legislativo em face do Poder Judiciário, mas antes traduz a ideia de especificidade da função jurisdicional como garantia, concretização e desenvolvimento do direito.

Entretanto, na concepção contemporânea de Estado Democrático de Direito, a jurisdição assume característica constitucional, isto é, deve solucionar os conflitos submetidos à sua apreciação a partir de valores e normas estabelecidos na Constituição Federal.

Além disso, abordou-se o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição Federal, sob a faceta de Tribunal ou Corte Constitucional, além de posicioná-lo como última instância da justiça brasileira, com a devida delimitação de sua competência.

Por fim, o primeiro capítulo se ocupou do sistema de controle de constitucionalidade estabelecido na Constituição Federal, conceituando e especificando as inconstitucionalidades, as formas e modelos de controle de constitucionalidade, bem como elencado os mecanismos de acesso à jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal.

Já no segundo capítulo, logrou-se êxito em examinar o poder de punir e sua relação com as pretensões punitiva e executória, de modo a conceituar a prescrição penal como causa extintiva da punibilidade, e apresentar os fundamentos teóricos principais da prescrição.

Adiante, foram diferenciadas a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória, abordando-se, na sequência, especificamente o termo inicial da prescrição da pretensão executória, com a apresentação das diversas posições doutrinárias que tratam desse assunto, bem como dos aportes normativos principais que dizem respeito ao instituto: o princípio da legalidade e a

vedação da analogia *in malam partem*, a presunção de inocência – com breve esboço histórico sobre sua interpretação, definição e âmbito de proteção – e o trânsito em julgado e a coisa julgada.

Conquanto a doutrina não seja uníssona quanto ao termo inicial da prescrição da pretensão executória, foi possível concluir que a ideia de título executivo judicial está intimamente ligada à coisa julgada, como característica da imutabilidade da decisão penal, em razão do trânsito em julgado, ou seja, o esgotamento das vias recursais.

Finalmente, no terceiro capítulo adentrou-se no tema da hermenêutica jurídica, a qual consiste em uma teoria científica da arte de interpretar, tendo como objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para se determinar o sentido e alcance das expressões do direito.

Ainda, o estudo discorreu sobre a interpretação como atividade de aplicação da hermenêutica, apresentado as espécies de interpretação quanto à extensão e quanto ao intérprete, bem como os processos gramatical, lógico, histórico, sistemático e teleológico, concluindo que não há, propriamente, o processo ideal, mas uma complementação mútua entre eles.

Tratou-se, também, das expressões e fontes do direito, com enfoque à jurisprudência, dos meios de integração do direito e da aplicação do direito, a qual se refere ao enquadramento de um caso concreto em uma norma jurídica adequada, isto é, a subsunção.

Haja vista que a Constituição Federal assumiu especial relevo no ordenamento jurídico, a partir das premissas estabelecidas no primeiro capítulo, a pesquisa discorreu sobre a hermenêutica constitucional, a qual pressupõe que a atividade interpretativa deve ter como parâmetro as normas constitucionais.

Concluiu-se, na primeira parte do terceiro capítulo, que a interpretação das normas penais, as quais constituem a forma de intervenção estatal mais severa e violenta no âmbito da liberdade individual, segue, via de regra, as diretrizes aplicáveis a todas as outras normas, desde que compreende os casos estritamente delimitados pela lei e jamais prejudique ou agrave a situação dos indivíduos.

A partir de todas as premissas e fundamentos concatenados anteriormente, a pesquisa logrou êxito em analisar o conteúdo dos julgados do Supremo Tribunal Federal quanto ao termo inicial da prescrição da pretensão executória, tecendo as devidas considerações sobre o Tema 788, no qual foi reconhecida a repercussão geral da matéria.

Verificou-se que, a despeito da imensidão do tema – Estado Democrático de Direito, jurisdição constitucional, espécies de inconstitucionalidade, fundamentos teóricos, aportes normativos e doutrinários, regras de interpretação e aplicação do direito – os julgados relativos ao

termo inicial da prescrição da pretensão executória se mostraram deficitários em suas fundamentações, tanto os que aplicam a literalidade do art. 112, I, do Código Penal, quanto os que afastaram a hipótese legal, a pretexto de harmonizá-la à Constituição Federal.

Em síntese, os argumentos da aplicação literal do referido dispositivo se limitam a reproduzir o texto legal e mencionar precedentes convergentes a essa conclusão, ao passo que o raciocínio diverso reside, substancialmente, na ideia de ser incompatível o início do transcurso do prazo da prescrição executória a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória à acusação, porquanto a prescrição, compreendida como sanção à inércia do titular da pretensão punitiva, depende da formação do título executivo judicial, que só ocorre após o trânsito em julgado.

Feitas essas considerações, o trabalho conclui que sim, o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao termo inicial da prescrição da pretensão executória penal, tendo como marco o trânsito em julgado, constitui usurpação do Poder Legislativo.

Enquanto Corte Constitucional, a despeito de seu poder-dever em harmonizar as normas hierarquicamente inferiores à Constituição Federal, é defeso ao Supremo Tribunal Federal, e a quaisquer outros órgãos jurisdicionais, empregarem interpretações desfavoráveis aos defendentes no âmbito do direito penal, sobretudo quando há regra expressa regulando o marco inicial da prescrição da pretensão executória.

Isso não significa que o presente trabalho ignora a manifesta incompatibilidade entre o art. 112, I, do Código Penal, com (i) o fundamento teórico da prescrição quanto à negligência do Estado; (ii) o âmbito de proteção da presunção de inocência; (iii) o conceito de trânsito em julgado e coisa julgada; e (iv) os parâmetros constitucionais de interpretação das normas do ordenamento jurídico; porém, essas incongruências devem ser sanadas pelo Poder Legislativo, o qual é, por excelência, o órgão competente para legislar sobre matéria penal.

Ademais, a presente pesquisa pôde concluir, para além da hipótese inicial, que sequer essa discussão poderia ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, vez que o Tema 788 carrega, em si, uma contradição lógica.

Se o art. 5º, II e LVII, da Constituição Federal Brasileira de 1988, prevê os princípios da legalidade e da presunção da inocência, os quais, respectivamente, determinam a vinculação e obediência à lei e uma regra hermenêutica de interpretação – que veda interpretações desfavoráveis e impõe interpretações restritivas, no âmbito penal –, não há que se falar em “harmonização”, “interpretação à luz”, “revogação” ou “compatibilização” do art. 112, I, do Código Penal, com aquelas normas constitucionais.

Pois não se trata de integração do ordenamento jurídico, vez que há norma regulando o termo inicial da prescrição da pretensão executória, isto é, não há lacuna a ser suprida, nem mesmo interpretação extensiva, tendo em vista que o Código Penal tem legislação específica sobre a matéria – vide entendimento firmado no julgamento do *Habeas Corpus* n. 108.977, de relatoria do Ministro Ayres Britto, julgado em 07/02/2012, e em casos análogos.

Na realidade, o Tema 788, em seus ulteriores termos, propõe uma atividade legislativa pelo Supremo Tribunal Federal, contra os próprios dispositivos constitucionais que, supostamente, amparariam essa atividade, sem olvidar, notoriamente, a usurpação do Poder Legislativo.

Em arremate, propõe-se como sugestão a pesquisas futuras uma nova abordagem do objeto deste trabalho após o julgamento do Tema 788 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, previsto para o dia 10/06/2021, ocasião na qual – espera-se – o entendimento sobre o termo inicial para a contagem da prescrição da pretensão executória se consolidará.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGUIAR, Roberto A. Ramos de. **Direito, poder e opressão**. 3. ed., São Paulo: Alfa-Omega, 1990.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed., Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Direito judiciário brasileiro**. Rio de Janeiro: Imprensa, 1918.
- AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios penais: da legalidade à culpabilidade**. São Paulo: IBC-Crim, 2003.
- ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro: parte geral - fundamentos e distribuição de conflitos**. [E-book]. Vol. 1, 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa: Edições 70, 1977.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Flório De Angelis. Bauru: Edipro, 1993.
- BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil**. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Vol. 1, 26. ed., São Paulo: Saraiva, 2020.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed., Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2011.
- 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: 22 abr. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. 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: 07 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm). Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.** Relator: Paulo Brossard. Julgamento em: 06 fev. 1992. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266151>. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84078.** Relator: Eros Grau. Julgamento em: 05 fev. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 30. abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126292.** Relator: Teori Zavascki. Julgamento em: 17 fev. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 964.246/SP.** Relator: Teori Zavascki. Julgamento em: 10 nov. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43.** Relator: Marco Aurélio. Julgamento em: 07 nov. 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 44.** Relator: Marco Aurélio. Julgamento em: 07 nov. 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357598>. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 113.715/DF.** Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgamento em: 16 abr. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur231542/false>. Acesso em: 21 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126292.** Relator: Teori Zavascki. Julgamento em: 17 fev. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 21 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 94185**. Relator: Joaquim Barbosa. Julgamento em: 04 ago. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602617>. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 101358**. Relatora: Ellen Gracie. Julgamento em: 24 ago. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614121> Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 105504**. Relator: Dias Toffoli. Julgamento em: 13 dez. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1791120>. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 108977**. Relator: Ayres Britto. Julgamento em: 07 fev. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1828973>. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 110133**. Relator: Luiz Fux. Julgamento em: 03 abr. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1925630>. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 682013 AgR**. Relatora: Rosa Weber. Julgamento em: 11 dez. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3383561> Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 113715**. Relatora: Cármen Lúcia. Julgamento em: 16 abr. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3872329>. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 115269**. Relatora: Rosa Weber. Julgamento em: 10 set. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088434> Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 771598 AgR**. Relatora: Cármen Lúcia. Julgamento em: 04 fev. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276522>. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 764385 AgR**. Relator: Luiz Fux. Julgamento em: 13 mai. 2014. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5963736> Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 649401 AgR-ED-ED-QO**. Relator: Marco Aurélio.

Julgamento em: 10 fev. 2015. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7867105>. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 107710 AgR**. Relator: Roberto Barroso. Julgamento em: 09 jun. 2015. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8832461>. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 110232**. Relator: Marco Aurélio. Julgamento em: 14 nov. 2017. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14120318>. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 696533**. Relator: Luiz Fux. Relator p/ Acórdão: Roberto Barroso. Julgamento em: 06 fev. 2018. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14438926>. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1054714 AgR-segundo-ED**. Relator: Marco Aurélio. Julgamento em: 15 mai. 2018. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747728565>. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 155211 AgR**. Relator: Gilmar Mendes. Julgamento em: 20 set. 2019. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751013929>. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 848107 RG**. Relator: Dias Toffoli. Julgamento em: 11 dez. 2014. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7810669> Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 282**. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2496>. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 279**. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174&termo=>. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 788**. Termo inicial para a contagem da prescrição da pretensão executória do Estado: a partir do trânsito em julgado para a acusação ou a partir do trânsito em julgado para todas as partes. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4661629&numeroProcesso=848107&classeProcesso=ARE&numeroTema=788#>. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo 848.107/DF**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento em: 17 ago. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=307507442&ext=.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento interno**: Atualizado até a Emenda Regimental n. 57/2020. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Disponível em: [stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf](http://stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf). Acesso em: 22 abr. 2021.

BROSSARD, Paulo. A constituição e as leis à ela anteriores. *In: Arquivos do Ministério da Justiça*, v. 45, n. 180, p. 125–148, jul./dez., 1992.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal**: fundamentos para um sistema penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral 1. São Paulo: Atlas, 2014.

BUZUID, Alfredo. **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958.

CAMPOS, Milton. Constituição e realidade. *In: Revista Florense*, vol. 187. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 11 reimp., Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Justiça constitucional e justiça penal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 14, n. 58, p. 329-344, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./fev. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral – arts. 1º a 120. Vol. 1. 23. ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Garantismo penal aplicado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

- CARVALHO FILHO, Aloysio de. **Comentários ao Código Penal, Vol. IV.** São Paulo: Forense, 1955.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral.** 3. ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 2. ed. rev. e ampl., Tradução de Fauzi Hassan Choukr et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da ação penal: suas causas suspensivas e interruptivas.** São Paulo: Saraiva, 1998.
- FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime.** Tradução de Luiz Lemos D'Oliveira. Campinas: Russel Editores, 2003.
- FRANÇA, Rubens Limongi. **Hermenêutica jurídica.** 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- GOMES, Orlando. **A crise do direito.** São Paulo: Max Limonad, 1955.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal.** 18. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2016.
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal.** 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito.** São Paulo: Malheiros, 2002.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.
- HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal.** Vol. 1, tomo I, Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- JESUS, Damásio Evangelista de. **Prescrição penal.** 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- JUNQUEIRA, Gustavo. **Manual de direito penal: parte geral.** 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2019.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. 6. ed., São Paulo: Martins Fonte, 1998.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único.** 4. ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão.** Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Edição fac-similar (Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899). Brasília: Senado Federal, 2004.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição penal: prescrição funcionalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Direito penal parte geral: lições fundamentais**. 5. ed., Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. Vol. 1, 13. ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo. **In: Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 8, n. 3, p. 163-171, mar. 1992. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/17276>. Acesso em: 27 abr. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat (Baron de). **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **Filosofia da política jurídica: propostas epistemológicas para a política do direito**. Itajaí: UNIVALI, 2001.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2020.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 539 a 565**. Tomo VIII. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte geral - consequências jurídicas do delito**. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: Introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 1993.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria geral do processo**. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2016.
- SANTOS, Christiano Jorge. **Direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Elsevier-Campus, 2007.
- SANTOS, Christiano Jorge. **Prescrição penal e imprescritibilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2019.
- SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed., Malheiros: São Paulo, 2014.
- SILVA, José Afonso. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2019.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2010.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 2020.
- TORNAGHI, Hélio Bastos. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1956.
- TRIPPO, Mara Regina. **Imprescritibilidade penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. A constituição como reserva de justiça. **In: Lua Nova - Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 42, p. 53-97, 1997. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451997000300003&script=sci\\_abstract&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451997000300003&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em: 27 abr. 2021.
- VOEGELIN, Eric. **A natureza do direito: e outros textos jurídicos**. Tradução de Fernando Virgílio Ferreira. Lisboa: Vega, 1998.
- WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1979.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.