

A prescrição penal e o princípio da legalidade

Por Rômulo de Andrade Moreira¹

Resumen: *A fines de 2014, se interpuso el Recurso Extraordinario con Agravo 848107 en el Supremo Tribunal Federal, con miras a discutir si el cómputo del plazo para la prescripción de la pena debe comenzar a contarse a partir de la decisión final de enjuiciamiento o para todas las partes. El recurso fue interpuesto por el Ministerio Público del Distrito Federal, cuestionando la sentencia del Tribunal de Justicia del Distrito Federal que reconoció como punto de partida para el cómputo del plazo la decisión firme e inapelable para la acusación, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 112, I, del Código Penal. Recientemente, más precisamente el 24 de marzo, la Corte Suprema volvió a discutir el tema, oportunidad en la que representantes de las Defensorías Públicas de la Unión, del Estado de Río de Janeiro (que actúan como amici curiae) y del Distrito Federal (que defiende al imputado en el caso concreto) manifestaron su oposición al recurso por no ser la vía adecuada para analizar la aplicación de esta regla. Según ellos, el cambio lo debe hacer por el Poder Legislativo, que tuvo varias oportunidades para impulsarlo, pero no lo hizo. Los defensores públicos invocaron el principio de estricta legalidad en materia penal y también señalaron que el artículo 112, I, del Código Penal se*

encuentra en el ordenamiento jurídico desde 1984, es decir, hace 38 años, período que antecede a la institución del principio de la presunción de inocencia por la Constitución Federal de 1988.

Palabras clave: Recurso Extraordinario - Supremo Tribunal Federal - Prescripción - Ministerio Público - Tribunal de Justicia del Distrito Federal - Código Penal - Sentencia penal condenatoria - Principios constitucionales - Constitución Federal - Defensoría Pública de la Unión - Poder Legislativo - Principio de estricta legalidad - Principio de la presunción de inocencia.

No final de 2014, foi ajuizado no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário com Agravo 848107, com vista a discutir se a contagem do prazo para a prescrição da pretensão executória deve começar a correr a partir do trânsito em julgado para a acusação ou para todas as partes. O recurso foi interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal, questionando acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que reconheceu como marco inicial da contagem do prazo o trânsito em julgado para a acusação, com base no que prevê o artigo 112, I, do Código Penal.

Segundo consta da inicial recursal, “*com base na presunção da inocência, é impossível a execução da sentença penal condenatória antes do seu definitivo trânsito em julgado, por respeito aos princípios constitucionais previstos no artigo 5º (incisos II e LVII) da Constituição Federal.*”

Agora recentemente, mais exatamente no último dia 24 de março, a Suprema Corte voltou a discutir o tema, oportunidade em que representantes das Defensorias Públicas da União, do Estado do Rio de Janeiro (que

¹ Rômulo de Andrade Moreira, Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal da

Universidade Salvador - UNIFACS. Pós-graduado pela Universidade de Salamanca

atuam como *amici curiae*) e do Distrito Federal (que defende o réu no caso concreto) manifestaram-se pelo desprovemento do recurso por não ser a via adequada para analisar a aplicação dessa regra. Segundo eles, a alteração deve ser feita pelo Poder Legislativo, que teve diversas oportunidades para promovê-la, mas não o fez. Os defensores públicos invocaram o princípio da legalidade estrita em matéria penal e também observaram que o artigo 112, I, do Código Penal está no ordenamento jurídico desde 1984, isto é, há 38 anos, período que antecede a instituição do princípio da presunção de inocência pela Constituição Federal de 1988.

Em sua sustentação oral, o representante da Defensoria Pública do Distrito Federal afirmou que a regra do artigo 112, I, do Código Penal é constitucional, com base nos princípios da legalidade e da presunção de inocência e na regra da interpretação mais benéfica ao réu. Já o membro da Defensoria Pública da União sustentou que a regra do dispositivo só pode ser alterada pelo Poder Legislativo, e não pela via do controle de constitucionalidade. Por fim, o Defensor Público do Rio de Janeiro afirmou que o artigo 112, I, do Código Penal não é uma norma que permita mais de uma interpretação e, na ausência de espaço de interpretação, deve-se seguir o texto literal do dispositivo.

O Procurador-Geral da República, por sua vez, divergindo das Defensorias Públicas, sustentou que *“a interpretação do dispositivo do Código Penal deve consagrar o princípio da presunção de inocência, para fixar como termo inicial da contagem do prazo prescricional da pretensão executória do Estado a data do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para ambas as partes.”* Para ele, *“a aplicação literal do dispositivo penal atinge as vítimas da criminalidade e toda a sociedade brasileira e uma das consequências mais graves talvez seja a impunidade, porque o indivíduo*

já respondeu a um processo, foi condenado e, ainda assim, não cumprirá a pena em razão da demora no sistema, gerando uma injustiça para a vítima e seus familiares.”

Outrossim, defendeu o Ministério Público *“que a contagem do prazo de prescrição da pretensão executória do Estado deve começar no momento em que a ação transita em julgado tanto para a acusação quanto para a defesa, garantindo-se os princípios da isonomia, da proporcionalidade, da razoabilidade e do devido processo legal”*, ressaltando *“que o Ministério Público propõe tal interpretação do artigo 112, I, do Código Penal em defesa das vítimas, que não têm voz, e dos parentes das vítimas”*, salientando que o Ministério Público *“representa a sociedade, que tem a legítima expectativa de que os que infringem a norma penal devem ser punidos.”*

O relator do recurso, Ministro Dias Toffoli, em seu voto pelo reconhecimento da repercussão geral na matéria, observou que o tema não está pacificado no Supremo Tribunal Federal, *“uma vez que existem precedentes em ambos os sentidos: em alguns casos se reconheceu que o prazo leva em conta o trânsito em julgado para a acusação, e em outros se considerou como marco inicial do trânsito em julgado definitivo – para todas as partes.”*

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

Assim, o plenário virtual da Suprema Corte reconheceu, por unanimidade, a existência de repercussão geral do tema, que ficou assim redigido: *“O prazo para a prescrição da execução da pena concretamente aplicada somente começa a correr do dia em que a sentença condenatória transita em julgado para ambas as partes, momento em que nasce para o Estado a pretensão executória da pena, conforme interpretação dada pelo Supremo*

Tribunal Federal ao princípio da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal) nas ADC 43, 44 e 54.”

O julgamento ainda não tem data para ser retomado.

Pois bem.

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

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

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

Palazzo, após lembrar que o princípio da legalidade formal está presente em todas as

Constituições liberal-democráticas dos países de *civil law*, afirma que ele “*é uma das mais típicas expressões, juntamente com o princípio de culpabilidade, do superior Rechtsstaatsprinzip (Estado de Direito), nos seus três corolários: da reserva legal, do princípio de taxatividade-determinação e da irretroatividade*”, sendo “*não apenas a roupagem exterior normativa que o princípio assume na Constituição, mas, por igual, a expressividade de um ou de outro desses três corolários, a propósito dos quais os diversos ordenamentos revelam uma diferente sensibilidade.*”³

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

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

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

Para ele, “*as consequências mais importantes dessa constitucionalização são as seguintes: 1ª.) O*

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

³ PALAZZO, Francesco. Valores Constitucionais e Direito Penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres

Editor, 1989, p. 43 (tradução para o português de Gérson Pereira dos Santos).

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

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

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

Ainda sobre tal princípio, indispensável é citar Ferrajoli, para quem a presunção de inocência é um “princípio fundamental de civilidade e fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, inclusive a custo da impunidade de algum culpado.” Para o jurista italiano, “a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se preferir, de defesa social: dessa ‘segurança’ específica oferecida pelo

estado de direito e que se expressa na confiança dos cidadãos na justiça; e dessa específica ‘defesa’ que se oferece a estes frente ao arbítrio punitivo.”⁷

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

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

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

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

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

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

inquisitivas desenvolvidas na Baixa Idade Média, bastando recordar que no processo penal medieval a insuficiência da prova, quando deixava subsistente uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e a semicondenação a uma pena leve. Apenas no início da Idade Moderna o princípio da presunção de inocência foi reafirmado com firmeza.” (obra citada, p. 550).

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

libertatis do arguido por outro, a balança deve inclinar-se a favor deste último se se quer assistir ao triunfo da liberdade.”⁹

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

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

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