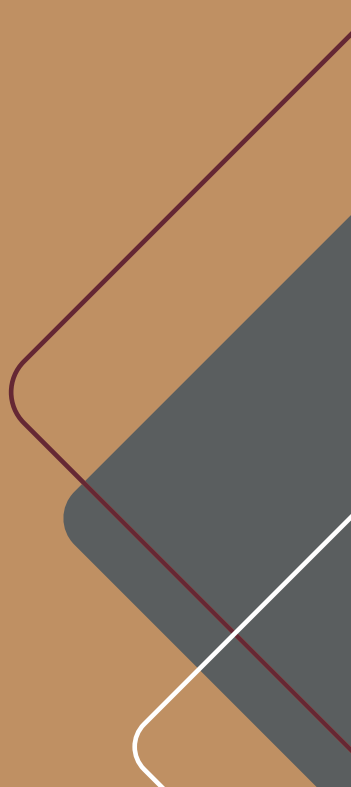
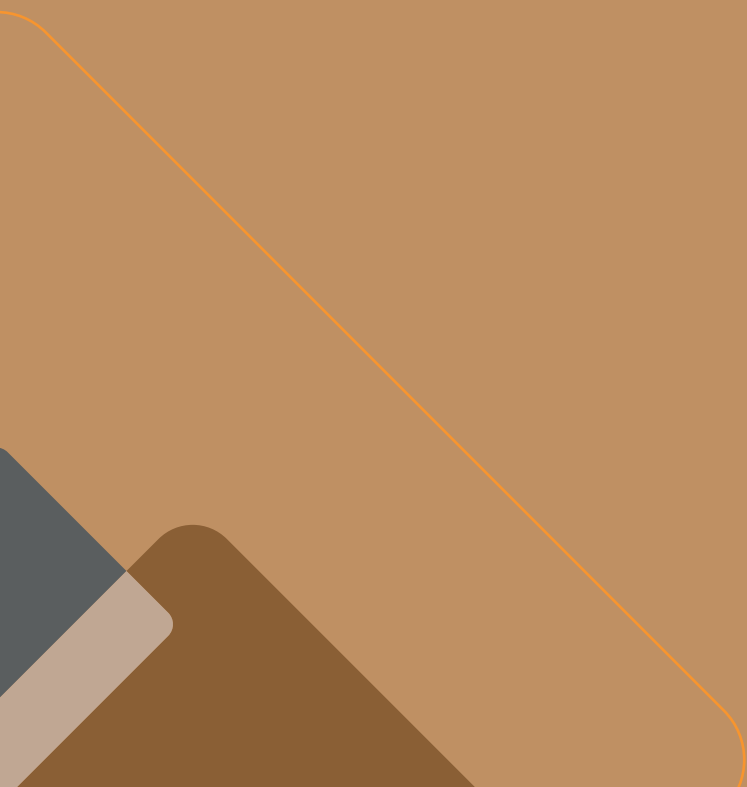


**O ATIVISMO JUDICIAL NO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO
DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA DA PENA:
UMA PESQUISA POR AMOSTRAGEM NO ÂMBITO DA
10ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE BELO HORIZONTE**

MARINA RODRIGUES SANTOS FONSECA



O ATIVISMO JUDICIAL NO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA DA PENA: UMA PESQUISA POR AMOSTRAGEM NO ÂMBITO DA 10ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE BELO HORIZONTE

MARINA RODRIGUES SANTOS FONSECA¹

RESUMO: O trabalho visa analisar o ativismo judicial no caso da modificação de entendimento jurisprudencial a respeito do termo inicial para a contagem do prazo da prescrição da pretensão executória da pena. Para tanto, busca-se verificar a legitimidade do ativismo judicial no caso concreto e a (in)eficácia e/ou o alcance prático do novo entendimento jurisprudencial em um determinado cenário, qual seja, a Comarca de Belo Horizonte. Diante disso, utilizar-se-á como metodologia de pesquisa uma vertente jurídico-dogmática e jurídico-sociológica, respectivamente, e a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, adotando-se como principais marcos teóricos Cezar Roberto Bitencourt, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, Bernardo Gonçalves Fernandes, Luís Roberto Barroso e Sara de Assis Aquino.

PALAVRAS-CHAVE: direito penal; execução penal; prescrição executória da pena; princípio da presunção de inocência; ativismo judicial.

ABSTRACT: The work aims to analyze judicial activism in the case of the modification of jurisprudential understanding about the initial term for counting the term of the prescription of the executory claim of the penalty. Therefore, search to verify the legitimacy of judicial activism in the specific case and the (in)effectiveness and/or practical range of the new jurisprudential understanding in a certain scenario, whatever, the District of Belo Horizonte. That said, will be used as research methodology a legal-dogmatic and legal-sociological strand, respectively, and bibliographical and jurisprudential research, adopting as main theoretical frameworks Cezar Roberto Bitencourt, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, Bernardo Gonçalves Fernandes, Luís Roberto Barroso and Sara de Assis Aquino.

KEYWORD: criminal law, penal execution; executory prescription of the penalty; principle of presumption of innocence; judicial activism.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto; Especialista em Direito Processual Civil, Direito Constitucional e Administrativo; Pós-Graduada em Ciências Penais na Visão do Ministério Público; Oficiala no Ministério Público do Estado de Minas Gerais; Graduada em História pela Universidade Federal de Minas Gerais

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO.....	314
2 - O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	315
3 - A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA DA PENA À LUZ DO ENTENDIMENTO RECENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	316
4 - A NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO PENAL..... COM O ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL VIGENTE E O ATIVISMO JUDICIAL	317
5 - ANÁLISE DOS PROCESSOS DA 10ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE BELO HORIZONTE.....	320
6 - CONCLUSÃO... ..	322
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	323

1 - INTRODUÇÃO

Este estudo tem como finalidade analisar o ativismo judicial no caso da modificação de entendimento jurisprudencial a respeito do termo inicial para a contagem do prazo da prescrição da pretensão executória na pena.

A prescrição é um tema importante no âmbito das Ciências Criminais, especialmente no que tange à função precípua do Ministério Público de defesa da sociedade, enquanto autor da ação penal e fiscal da lei, objetivando o cumprimento da pena ao fim da persecução penal.

Nesse sentido, foi dada nova interpretação pelo STF (Supremo Tribunal Federal) ao instituto da prescrição da pretensão executória da pena, especificamente quanto ao termo inicial da contagem do prazo, à luz do princípio da presunção de inocência, no bojo do Agravo Regimental interposto contra decisão exarada no Agravo de Instrumento n. 794.971.

Considerando se tratar, no caso, de um clássico exemplo de ativismo judicial, tem-se como problema de pesquisa: Na visão do Ministério Público, qual o alcance prático dos efeitos da alteração do entendimento jurisprudencial sobre a data do início da contagem do prazo da prescrição da pretensão executória da pena? O ativismo judicial, no presente caso, foi legítimo ou ultrapassou os limites de interpretação aos quais deve se ater o Poder Judiciário?

Esta pesquisa tem como objetivo verificar, após análise empírica, a (in)eficácia e/ou o alcance prático do novo entendimento jurisprudencial em um determinado cenário, qual seja, a Comarca de Belo Horizonte.

Tem-se como objetivos específicos da presente pesquisa:

a) Analisar o instituto da prescrição da pena, especialmente a prescrição executória, por meio de doutrinas e analisando-se jurisprudências dos tribunais;

b) Verificar, em um determinado período de tempo, em uma determinada Comarca, quais processos de execução de pena foram analisados em relação à prescrição e em quais deles ela não foi reconhecida em razão da nova interpretação, identificando, assim, as consequências do ativismo judicial no caso concreto;

c) Realizar um estudo aprofundado sobre a mudança de entendimento jurisprudencial quanto ao termo inicial da contagem do prazo da prescrição da pretensão executória da pena, mormente quanto à legitimidade.

A importância da presente pesquisa está em verificar se, neste caso concreto, o muitas vezes criticado ativismo judicial se revelou essencial para a aplicação da pena, o que poderá ser comprovado diante dos números apresentados após a pesquisa por amostragem a ser realizada.

A pesquisa teórica tem grande relevância e preponderância no mundo jurídico, e obviamente, não se pode abster-se de fazê-la.

No entanto, é certo que, quando os meios permitem, considerando a estrutura que se tem, bem como o avanço das tecnologias, a jurimetria deve ser utilizada como forma, dentre outras coisas, de medida da eficácia das situações propostas, sob pena de as proposições não atingirem seus objetivos, ou, em última análise, de uma ineficácia do trabalho jurídico no mundo fático.

Isso se revela de suma importância para o Ministério Público, pois, no âmbito ministerial, todos os esforços são direcionados à construção de uma sociedade justa, para a qual se faz necessário que as medidas aplicáveis no mundo jurídico tenham eficácia prática.

Noutro giro, importante ainda analisar a legitimidade do ativismo judicial no caso concreto, pois assim deve ser aplicado o Direito, de forma a garantir a justiça e a segurança jurídica do ordenamento, a despeito de as decisões serem favoráveis ou não a uma das partes.

A questão, aqui, esbarra na legitimidade dos Tribunais para decidir de forma contrária ao que está expresso na legislação vigente, tratando-se o caso, pois, do ativismo judicial.

Diante das questões levantadas até o momento, mostra-se importante uma análise mais aprofundada do tema, a fim de se tentar chegar a uma conclusão sobre os institutos apresentados.

Pode-se dizer que, a princípio, com base no objetivo geral da pesquisa, a vertente metodológica é a jurídico-sociológica, pois a análise empírica, visando descobrir a (in)eficácia e/ou o alcance prático do novo entendimento jurisprudencial

em um determinado cenário, qual seja, a Comarca de Belo Horizonte, considera os impactos sociais, ou seja, os efeitos da aplicação das normas.

Não obstante, ao se analisar a legitimidade na atuação judicial no caso em questão, tem-se uma vertente jurídico-dogmática, por se tratar de uma investigação quanto ao conflito de normas e princípios, voltando-se o olhar ao ordenamento jurídico.

O tipo de raciocínio da pesquisa é o dedutivo-indutivo, pois a primeira parte será destinada à discussão teórica, e a segunda parte abordará um estudo quantitativo.

Tem-se um estudo multidisciplinar, abordando conceitos teóricos de Direito Constitucional e Direito Penal, com foco nesse último.

O tipo de investigação é a compreensiva, pois objetiva-se melhorar a compreensão a respeito dos institutos, princípios e teorias estudadas.

Os métodos utilizados serão bibliográfico ou teórico, análise de jurisprudência e estudo de caso.

2 - O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O instituto da prescrição é regulado, no direito brasileiro, pelo Código Penal pátrio, especificamente a partir do Art. 109.

Ensina o Professor Cezar Roberto Bitencourt:

Com a ocorrência do fato delituoso nasce para o Estado o *ius puniendi*. Esse direito, que se denomina pretensão punitiva, não pode eternizar-se como uma espada de Dâmoqueles pairando sobre a cabeça do indivíduo. Por isso, o Estado estabelece critérios limitadores para o exercício do direito de punir, e, levando em consideração a gravidade da conduta delituosa e da sanção correspondente, fixa lapso temporal dentro do qual o Estado estará legitimado a aplicar a sanção penal adequada.

Escoado o prazo que a própria lei estabelece, observadas suas causas modificadoras, prescreve o direito estatal à punição do infrator. **Assim, pode-se definir prescrição como “a perda do direito de punir do Estado, pelo decurso de tempo, em razão do seu não exercício, dentro do prazo previamente fixado”.** A prescrição constitui causa extintiva da punibilidade (art. 107, IV, 1ª figura, do CP). (...)

A controvérsia em torno da prescrição penal remonta muitos séculos da história da civilização. Os costumes e a cultura de cada povo ditavam os parâmetros para que se aceitasse a liberação de um criminoso pelo simples decurso do tempo. O primeiro texto legal que tratou da prescrição foi a *Lex Julia*, datada do ano 18 a.C. para determinados crimes. Estendeu-se, posteriormente, à generalidade dos crimes, com exceção do parricídio, parto suposto, entre outros.

O desenvolvimento do instituto da prescrição processou-se lentamente através dos séculos, sendo admitido no direito germânico e no direito de outros povos. Na Idade Média, procurou-se adotar exagerada redução dos prazos prescricionais, motivando enérgica reação, posto que teve como resultado a grande dificuldade em se configurar a ocorrência de prescrição.

Mas essa era somente a prescrição da ação, isto é, da pretensão punitiva. A prescrição da condenação, no entanto, surgiu na França, com o Código Penal de 1791. Com efeito, a Revolução Francesa parece ter favorecido esse acontecimento. Outros países, em seguida, também adotaram essa outra espécie de prescrição. No Brasil, somente a partir do Código Penal de 1890 passou-se a adotar a prescrição da condenação (art. 72), sendo que a prescrição da ação penal já foi adotada a partir do Código Criminal de 1830. Na realidade, o art. 65 do Código Criminal do Império (16-12-1830) declarava: “As penas impostas aos réus não prescreverão em tempo algum”. Em outras palavras, as penas aplicadas eram imprescritíveis.

Quanto à prescrição retroativa, por fim, sua discussão começou antes mesmo de o Código Penal de 1940 entrar em vigor, que foi o primeiro diploma legal a adotá-la. (BITENCOURT, 2012, grifo meu)

Constitui-se a prescrição matéria de direito público, devendo ser reconhecida pelo juiz, conforme dispõe o Art. 61 do Código de Processo Penal:

Art. 61. Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.

Parágrafo único. No caso de requerimento do Ministério Público, do querelante ou do réu, o juiz mandará autuá-lo em apartado, ouvirá a parte contrária e, se o julgar conveniente, concederá o prazo de cinco dias para a prova, proferindo a decisão dentro de cinco dias ou reservando-se para apreciar a matéria na sentença final.

A Constituição da República de 1988 elegeu a prescrição como regra, ou seja, via de regra, todos os crimes podem ser objeto de prescrição.

No entanto, a própria Carta Magna fez as ressalvas para os crimes que devem ser considerados imprescritíveis. São eles: o crime de racismo e os delitos praticados por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLII, e XLIV, CF/88).

Além disso, após o Supremo Tribunal Federal firmar entendimento, em 2021, no Habeas Corpus (HC) 154248, de que o crime de injúria racial configura uma forma de racismo e é imprescritível, foi sancionada, em 2023, a Lei 14.532, que, dentre outras coisas, alterou a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei do Crime Racial), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar como crime de racismo a injúria racial.

Nesse contexto, cabe pontuar, ainda, a divergência existente na doutrina sobre a (im)prescritibilidade do crime de tortura. Nas palavras Professor Rogério Sanches Cunha:

(...) Não obstante, devemos ressaltar que o Brasil aderiu ao Tribunal Penal Internacional e, nos termos do artigo 29 do Estatuto de Roma (incorporado ao direito brasileiro através do dec. nº 4.388/2002), os crimes de competência do TPI são imprescritíveis. Como a tortura está elencada no artigo 7º, 1, "f", do Estatuto, parte da doutrina alega que a norma conferiria a imprescritibilidade a tal delito. Majoritariamente, contudo, compreende-se que o Estatuto de Roma é tratado com **status de norma supralegal**, sem força suficiente para afastar a **garantia implícita constitucional da prescritibilidade**. (CUNHA, 2020, p. 396)

Cezar Roberto Bitencourt elenca alguns fundamentos políticos que embasaram a legitimidade do instituto da prescrição. São eles:

- 1) O decurso do tempo leva ao esquecimento do fato;
- 2) O decurso do tempo leva à recuperação do criminoso;
- 3) O Estado deve arcar com sua inércia;
- 4) O decurso do tempo enfraquece o suporte probatório.

Quanto às espécies de prescrição, há duas principais: a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória.

A prescrição da pretensão punitiva ocorre an-

tes de haver o trânsito em julgado da sentença, extinguindo o direito de punir do Estado. Ela se divide em: propriamente dita (art. 109/CP), superveniente (art. 110, §1º/CP), retroativa (art. 110,

§1º/CP) e virtual ou em perspectiva (não admitida pelo STF - Tema 239).

A prescrição da pretensão executória ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória, quando transcorrido o período determinado pelos incisos do Art. 109/CP. Aqui, há a perda do direito de o Estado executar a punição imposta na sentença. Importante ressaltar, porém, que os efeitos secundários da condenação subsistem.

3 - A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA DA PENA À LUZ DO ENTENDIMENTO RECENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como mencionado alhures, o Código Penal Brasileiro trata, a partir do seu Art. 109, do instituto da prescrição.

O Artigo 112, I, do referido diploma legal, traz a seguinte redação:

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

I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (...) (BRASIL, 1984)

Expressa, pois, a determinação de que o termo inicial da contagem do prazo da prescrição da pretensão executória após a sentença condenatória é a data do trânsito em julgado para a acusação.

No entanto, por maioria de votos, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) 848107, com repercussão geral (Tema 788), o STF decidiu que o prazo de prescrição para o Estado executar a pena começa a ser contado a partir da condenação definitiva (trânsito em julgado) para a acusação e a defesa.

Isso porque entende a Suprema Corte que é necessário o trânsito em julgado da sentença condenatória para ambas as partes a fim de que seja iniciada a execução penal, de forma que a

pena não pode ser executada antes de se tornar definitiva. Esse entendimento foi consolidado no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade nº 43, 44 e 53, em 2020, tendo como base o princípio da presunção de inocência.

Importante ressaltar a modulação dos efeitos da tese para que seja aplicada aos casos i) nos quais a pena não tenha sido declarada extinta pela prescrição em qualquer tempo e grau de jurisdição; e ii) cujo trânsito em julgado para a acusação tenha ocorrido após 12/11/20 (data do julgamento das ADCs nº 43, 44 e 53, por ser o marco que condicionou o trânsito em julgado para ambas as partes para o Estado exercer a pretensão executória da pena).

4 - A NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO PENAL COM O ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL VIGENTE E O ATIVISMO JUDICIAL

Com base no princípio da presunção de inocência, entendeu o STF, no julgamento das ADCs nº 43, 44 e 53, que não se pode dar início à execução da pena enquanto não houver o trânsito em julgado da sentença condenatória para ambas as partes. Como parâmetro constitucional do tema, tem-se o Art. 5º, II, LVII, da Constituição da República:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Por consequência, a Suprema Corte, pautada na necessidade de harmonização do instituto da prescrição penal com o ordenamento jurídico constitucional vigente, entendeu por declarar a não recepção pela Constituição da locução “para

a acusação” contida na primeira parte do inciso I do art. 112 do Código Penal, conferindo, no entanto, a ela interpretação conforme à Constituição, de forma a se entender que a prescrição começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para ambas as partes.

A discussão foi bem pontuada pelo relator Ministro Dias Toffoli:

Desse modo, a constitucionalidade ou não do inciso I do art. 112 do Código Penal estaria diretamente relacionada com a recente interpretação do Supremo Tribunal Federal de que o Estado não pode determinar a execução da pena contra condenado com base em título executivo não definitivo, em razão da prevalência do princípio da presunção de inocência (insculpido no art. 5º, inciso LVII, da CRFB).

(...)

A partir desse contexto, ou seja, consolidado o entendimento de que a pretensão executória da pena imposta pelo Estado nasce apenas a partir do trânsito em julgado da ação condenatória que a impõe, passa-se a analisar a recepção do art. 112, inciso I, do Código Penal.

Dito isso, é possível construir um raciocínio lógico.

Com base no princípio constitucional expresso da presunção de inocência, entendeu o STF que a pena apenas pode ser executada pelo Estado após o trânsito em julgado para ambas as partes. Daí que só se pode falar em início da contagem do prazo prescricional (pretensão executória) quando houver o trânsito em julgado para ambas as partes. Do contrário, seria o Ministério Público, titular da ação penal, via de regra, e, em última análise, a sociedade, punidos por um não agir, sendo que a ação não era permitida.

Até aqui, parece bem eloquente a construção do raciocínio da Suprema Corte.

No entanto, permanece a discussão, no mundo jurídico, sobre se o STF estaria ou não invadindo a esfera do Poder Legislativo ao firmar entendimento de forma contrária ao que está expressamente determinado no Código Penal, no já citado artigo 112, I.

A título de exemplo, o Professor Rogério Sanches Cunha, em seu curso de Direito Penal, apesar de concordar com o raciocínio dos Tribunais Superiores a respeito da questão, entende que a

mudança depende de alteração legislativa, e não via pretoriana.

Nota-se, assim, que a questão esbarra na legitimidade dos Tribunais para decidir de forma contrária ao que está expresso na legislação vigente, tratando-se o caso, pois, do ativismo judicial.

Sobre o tema, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, com o intuito de conceituar o ativismo judicial, ressalta o seu caráter multidimensional:

(...) entendo o ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias. (CAMPOS, 2012, p. 152)

Como forma de ilustrar a controvérsia existente sobre a temática, pontua-se a diferenciação feita por Bernardo Gonçalves Fernandes entre o ativismo judicial e a judicialização da política. Citado Professor compreende “o fenômeno ativista como a sobreposição de convicções pessoais, compartilhadas ou não pela sociedade civil e demais poderes em detrimento do direito, certo é o seu caráter negativo e pernicioso à democracia e à legitimidade constitucional”. (FERNANDES, 2023, p. 194)

Já a judicialização da política:

“(...) diferentemente do ativismo judicial, é contingencial, isto é, decorre da realidade socio-normativa brasileira (democracia frágil e recente), em que, muitas vezes, faz-se necessária a judicialização de questões para o resguardo de diversos direitos fundamentais e sociais, tais como liberdade de expressão, saúde, educação, além de questões eleitorais de transmissão de poder.” (FERNANDES, 2023, p. 195)

Segundo Luís Roberto Barroso, atual Presidente do Supremo Tribunal Federal:

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2009, p. 14)

Em seu artigo intitulado “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática”, o Ministro leciona sobre as principais objeções apresentadas à crescente intervenção judicial na vida brasileira, quais sejam os riscos para a legitimidade democrática, o risco de politização da Justiça, e a capacidade institucional do Judiciário de seus limites.

Ensina, ainda, que:

(...) O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, bypassar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias.

Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça.

Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade,

legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes. (BARROSO, 2009, p. 20)

Como muito bem pontuado pelo Ministro, o Brasil vive uma crise de funcionalidade do Poder Legislativo. Ora, vive-se hoje em uma sociedade cujas mudanças ocorrem em velocidade como nunca antes visto, e que é regida, na seara penal, por uma legislação de 1940, ainda que, de certo, costurada por diversas modificações ao longo do tempo.

Sabe-se que, na forma extremamente acelerada das mudanças sociais, é difícil que o processo legislativo, principalmente como é realizado hoje, consiga acompanhar as necessidades dos conflitos que surgem cada vez mais rápido.

Mas se está, aqui, diante de uma demora irrazoável. Há um Projeto de Lei que tramita no Congresso Federal desde 2012 com o intuito de reformar o Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012). Trata-se de mais de 10 anos de tramitação.

É nesse contexto que a sociedade brasileira se vê cada vez mais dependente do ativismo judicial, pois, a fim de atender as necessidades sociais que batem à porta do Poder Judiciário, esse se vê diante da necessidade de, muitas vezes, manifestar-se de forma diversa de uma lei que já não coaduna com a realidade.

Nessa esteira, considerando a inércia do Poder Legislativo em se posicionar sobre a questão da data inicial da contagem do prazo da prescrição da pretensão executória da pena, que já vem sendo discutida no mundo jurídico desde o julgamento das ADCs nº 43, 44 e 53, ou seja, desde 12/11/20, viu o Judiciário a necessidade urgente de dirimir a questão, sob pena de deixar a sociedade sem a resposta estatal que deve ser dada, qual seja o cumprimento das penas às quais os sentenciados foram condenados, aqui valendo fazer um parêntese bem específico com relação às vítimas dos crimes.

De outra forma, em total descrédito cairia o Direito Penal e a Execução Penal, o que, em última análise, poderia ainda fomentar o cometimento de novos delitos, diante da menor probabilidade de punição.

A questão que se apresenta é: diante da possibilidade de tamanha injustiça jurídica-social, po-

deria o Poder Judiciário interferir na aplicação da lei penal a ponto de ter entendimento diverso da norma escrita?

Sara de Assis Aquino pontua bem a questão ao tratar da constitucionalização do Direito Penal:

A constitucionalização do direito penal abriu o caminho para refletir sobre as repercussões dos princípios constitucionais penais e processuais penais na prática criminal. Por sua vez, a teoria político-criminal e constitucional do bem jurídico revela, em geral e a despeito das diferentes correntes doutrinárias a ela subjacentes, a correspondência entre os valores constitucionais e os bens penalmente relevantes. Se existe uma ordem constitucional definidora dos direitos fundamentais protegidos pelo poder estatal e dos bens jurídicos merecedores de tutela penal, é de que questionar se, como e em que medida pode o legislador penal ter a sua atividade controlada, a fim de que sejam observados os parâmetros constitucionais. (AQUINO, 2023, p. 127)

Nesse contexto, o legislador penal pode atuar dentro da margem de discricionariedade que permite a Constituição, caso ela permita em determinado assunto. Já o Judiciário pode (e deve) realizar o Controle de Constitucionalidade atendo-se aos mandamentos constitucionais, sob o amparo da supremacia constitucional, da proteção aos mecanismos democráticos e aos direitos fundamentais.

Harmonizar o controle judicial de constitucionalidade à natureza política das normas penais e à separação de poderes – como o legislador penal pode ter sua atuação limitada pela jurisdição constitucional? – demanda equilibrar as funções do controle constitucional e do legislador democrático. A intervenção judicial não substitui o juízo ou a valoração política, mas atua para garantir a atenção aos fins da Constituição. Havendo imposição ou vedação constitucional explícita, o espaço para escolha do legislador restringe-se, e fora deste âmbito de restrição a atuação legislativa pode ser exercida com discricionariedade, desde que obedeça aos parâmetros constitucionais.

No caso das normas penais, a possibilidade e a finalidade do controle constitucional compatibilizam-se com a possibilidade e a finalidade do controle judicial das normas jurídicas em geral. Ou seja, a tensão entre a jurisdição constitucional e a legitimidade democrática do legislador penal pode ser resolvida com os mesmos fundamentos que amparam o controle de constitucionalidade em outros contextos, quais sejam, a supremacia constitucional, a proteção aos mecanismos democráticos e aos direitos fundamentais. (AQUINO, 2023, p. 137)

Aplicando as conclusões de Aquino ao estudo em comento, é possível concluir que houve uma atuação legítima do Supremo Tribunal Federal ao declarar a não recepção pela Constituição da locução “para a acusação” contida na primeira parte do inciso I do art. 112 do Código Penal, conferindo, no entanto, a ela interpretação conforme à Constituição, de forma a se entender que a prescrição começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para ambas as partes.

Ora, se a Constituição impõe como direito fundamental a presunção de inocência, tratando-se, pois, o referido princípio de uma imposição constitucional explícita, não cabe ao legislador a discricionariedade de criar uma legislação que disponha de forma diversa.

Assim, não podendo a pena, via de regra, ser executada de forma provisória, antes do trânsito em julgado para ambas as partes, em respeito ao princípio da presunção de inocência, por consequência não há que se falar em início da contagem do prazo prescricional da pretensão executória da pena antes do trânsito em julgado para ambas as partes.

Em outras palavras, não possui o legislador a discricionariedade de determinar que a contagem do prazo prescricional da pretensão executória se inicie em outro momento que não após o trânsito em julgado para ambas as partes, visto que não pode determinar que o cumprimento da pena se inicie antes dessa data.

No fim e ao cabo, a decisão do Supremo sobre a data de início da contagem do prazo prescricional da pretensão executória da pena foi uma consequência lógica da decisão anterior de

impossibilidade, via de regra, de execução da pena de forma provisória.

5 - ANÁLISE DOS PROCESSOS DA 10ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE BELO HORIZONTE

A 10ª Promotoria de Justiça de Belo Horizonte tem atribuição para atuar perante a Vara de Execuções Penais da Comarca.

Assim, realiza, com regularidade, análise de processos de execuções penais com o objetivo de se concluir se ocorreu a prescrição da pretensão executória da pena.

A fim de se realizar uma verificação em concreto da consequência da mudança de entendimento da Suprema Corte, foi promovido um trabalho de jurimetria em 20 processos de execução penal nos quais os Promotores de Justiça que atuam no citado órgão de execução analisaram a ocorrência da prescrição em casos em que as datas do trânsito em julgado da sentença condenatória para a defesa foram posteriores às datas do trânsito em julgado para a acusação.

Dessa forma, foram analisados processos cuja manifestação ministerial foi feita após 12/11/20 (data do julgamento das ADC nº 43, 44 e 53, por ser o marco que condicionou o trânsito em julgado para ambas as partes para o Estado exercer a pretensão executória da pena).

A pesquisa foi realizada por amostragem, tendo sido os processos selecionados de forma aleatória. Foram obtidos os seguintes dados:

Tabela 1: Processos analisados na 10ª Promotoria de Justiça de Belo Horizonte

Processos analisados pelo Ministério Público após 12/11/20 com parecer ministerial contrário à prescrição em razão da data do trânsito em julgado para a defesa (pesquisa por amostragem - seleção aleatória)	Houve a declaração da prescrição da pretensão executória pelo Judiciário?	Data da decisão
4400188-13.2021.8.13.0024	SIM	10/08/2021
4401644-32.2020.8.13.0024	SIM	10/08/2021
4400101-57.2021.8.13.0024	SIM	11/08/2021
0112546-30.2016.8.13.0024	SIM	20/08/2021
0111189-44.2018.8.13.0024	SIM	30/08/2021
9622591-58.2008.8.13.0024	SIM	06/12/2021
4402214-52.2019.8.13.0024	SIM	27/04/2022
4400672-57.2023.8.13.0024	SIM	20/03/2023
4400680-05.2021.8.13.0024	SIM	27/03/2023
4401091-82.2020.8.13.0024	SIM	28/03/2023
4401373-23.2020.8.13.0024	SIM	10/04/2023
4401264-72.2021.8.13.0024	NÃO	25/05/2023
4400488-09.2020.8.13.0024	NÃO	12/06/2023
4400829-30.2023.8.13.0024	NÃO	23/05/2023
4400493-94.2021.8.13.0024	NÃO	25/05/2023
4401064-65.2021.8.13.0024	NÃO	01/06/2023
4401517-26.2022.8.13.0024	NÃO	11/08/2023
4400719-65.2022.8.13.0024	NÃO	02/10/2023
4400189-61.2022.8.13.0024	NÃO	07/11/2023
4400113-33.2022.8.13.0672	NÃO	31/01/2024

(Fonte: Pesquisa própria)

Na análise de cada um dos feitos supracitados, foi possível observar que, de início, mesmo após o Informativo 755 do STJ no sentido de que “O termo inicial da contagem do prazo da prescrição da pretensão executória é o trânsito em julgado para ambas as partes.”, as decisões judiciais continuaram a declarar as penas prescritas no caso em comento.

Apenas após o STF analisar a questão, determinando a repercussão geral do tema, o Juízo da Execução Penal de Belo Horizonte passou a indeferir tais pedidos.

6 - CONCLUSÃO

No presente trabalho, analisou-se o ativismo judicial no caso da modificação de entendimento jurisprudencial a respeito do termo inicial para a contagem do prazo da prescrição da pretensão executória na pena.

Com base no princípio da presunção de inocência, entendeu o STF, no julgamento das ADCs nº 43, 44 e 53, que não se pode dar início à execução da pena enquanto não houver o trânsito em julgado da sentença condenatória para ambas as partes.

Por consequência, a Suprema Corte, pautada na necessidade de harmonização do instituto da prescrição penal com o ordenamento jurídico constitucional vigente, entendeu por declarar a não recepção pela Constituição da locução “para a acusação” contida na primeira parte do inciso I do art. 112 do Código Penal, conferindo, no entanto, a ela interpretação conforme à Constituição, de forma a se entender que a prescrição começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para ambas as partes.

Nesse contexto, buscou-se descobrir qual o alcance prático dos efeitos dessa alteração de entendimento, e se o ativismo judicial, no presente caso, foi legítimo ou ultrapassou os limites de interpretação aos quais deve se ater o Poder Judiciário.

Observou-se, no estudo realizado, que o ativismo judicial é um tema bastante controverso na doutrina, havendo divergências sobre seu conceito, seu alcance e sua legitimidade no Estado Democrático de Direito.

No entanto, quando se trata de controle das normas penais, o legislador penal pode atuar dentro da margem de discricionariedade que permite a Constituição, caso ela permita em determinado assunto. Já o Judiciário pode (e deve) realizar o Controle de Constitucionalidade atendo-se aos mandamentos constitucionais, sob o amparo da supremacia constitucional, da proteção aos mecanismos democráticos e aos direitos fundamentais.

Diante disso, foi possível concluir que houve uma atuação legítima do Supremo Tribunal Federal ao declarar a não recepção pela Constituição da locução “para a acusação” contida na primeira parte do inciso I do art. 112 do Código Penal, pois, se a Constituição impõe como direito fundamental a presunção de inocência, tratando-se, pois, o referido princípio de uma imposição constitucional explícita, não cabe ao legislador a discricionariedade de criar uma legislação que disponha de forma diversa.

Em uma segunda parte no estudo, foram analisados 20 processos de execução de pena em trâmite na Comarca de Belo Horizonte, nos quais houve parecer do Ministério Público, após 12/11/20, com manifestação contrária à prescrição em razão da data do trânsito em julgado para a defesa.

A pesquisa foi feita por amostragem, e os processos foram escolhidos de forma aleatória.

A análise permitiu concluir que o Juízo da Execução Penal de Belo Horizonte apenas adotou o entendimento de que o termo inicial da contagem do prazo da prescrição da pretensão executória é o trânsito em julgado para ambas as partes após o STF analisar a questão, determinando a repercussão geral do tema.

Dessa forma, pode-se afirmar que se verificou que, neste caso concreto, o muitas vezes criticado ativismo judicial se revelou essencial para a aplicação da pena, já que não é possível iniciar a sua execução antes do trânsito em julgado para ambas as partes, corroborando o novo entendimento, assim, para a realização de uma justiça social eficaz.

Cabe ressaltar que não foi possível realizar uma pesquisa fidedigna no que diz respeito ao número de processos analisados no tema estudado, visto que os sistemas utilizados tanto pelo Ministério Público quanto pelo Poder Judiciário não possuem ferramentas que permitam tal pesquisa,

motivo pelo qual essa foi feita pelo sistema de amostragem, com base no arquivo de pareceres do órgão ministerial.

A pesquisa realizada no Sistema SEEU - Sistema Eletrônico de Execução Unificado, no qual tramitam os processos de execução de pena da Comarca de Belo Horizonte, permitiu observar que, quanto à prescrição executória, há apenas a possibilidade de pesquisa de previsões de incidentes. Apesar de ter havido tentativas, não foi possível coletar maiores informações junto ao Poder Judiciário, visto que o sistema é coordenado pelo CNJ - Conselho Nacional de Justiça.

Considerando o objetivo de construção de uma sociedade justa, para a qual se faz necessário que as medidas aplicáveis no mundo jurídico tenham eficácia prática, diante do avanço das tecnologias, a jurimetria deve ser utilizada como forma, dentre outras coisas, de medida da eficácia das situações propostas, sob pena de as proposições não atingirem seus objetivos, ou, em última análise, de uma ineficácia do trabalho jurídico no mundo fático.

Aqui reside a importância do desenvolvimento de sistemas operacionais que nos permitam realizar um trabalho quantitativo de forma específica e pormenorizada.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Sara de Assis. **A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DAS LEIS PENAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção de grau de Mestre em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. Brasília, 2023. Disponível em: <<http://repositorio2.unb.br/jspui/handle/10482/47337>>. Acesso em: 07 abr. 2024.

BAPTISTA, Patrícia F. **Direito e Poder - A crise da legalidade formal e as novas formas de legitimação no Estado de Direito Contemporâneo**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <<https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTY2Nw%2C%2C#:~:text=Segundo%20Norberto%20Bobbio%2C%20a%20legitimidade,requisito%20do%20exerc%C3%ADcio%20do%20poder.>>. Acesso em: 05 ago. 2023.

BARBOSA, Oriana Piske de A.; SARACHO, Antonio Benites. **Considerações sobre a Teoria dos freios e contrapesos (Checks and Balances System)**. 2018. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2018/>

[consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-orian-piske#:~:text=A%20separa%C3%A7%C3%A3o%20dos%20poderes%20%C3%A9%2C%20no%20Brasil%2C%20o%20fundamento%20do,frente%20a%20um%20prop%C3%B3sito%20social.&text=BONAVIDE%20S%2C%20Paulo.,Curso%20de%20Direito%20Constitucional.">consideracoes-sobre-a-teoria-dos-freios-e-contrapesos-checks-and-balances-system-juiza-orian-piske#:~:text=A%20separa%C3%A7%C3%A3o%20dos%20poderes%20%C3%A9%2C%20no%20Brasil%2C%20o%20fundamento%20do,frente%20a%20um%20prop%C3%B3sito%20social.&text=BONAVIDE S%2C%20Paulo.,Curso%20de%20Direito%20Constitucional.](#)>. Acesso em: 05 ago. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Suffragium: Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Vol. 05, n. 08, Ano 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5498/2009_barroso_judicializacao_ativismo_judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 05 ago. 2023.

BITENCOUT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral, 1**. 17.ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo : Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 05 out. 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 out.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012**. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Prescrição da execução da pena começa a contar da decisão definitiva para todas as partes**. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=510111&ori=1>>. Acesso em: 05 ago. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 848.107 DISTRITO FEDERAL**. RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI. Brasília, 03/07/2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15359802125&ext=.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2023.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2012. 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. **Curso de Direito Penal, Processo Penal e Legislação Penal Especial para Ministério Público Estadual**. 2023. Disponível em: <<https://rsconline.com.br/>>. Acesso em: 05 ago. 2023.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 8ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 15.ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Ativismo judicial: afinal, do que se trata?** Revista Consultor Jurídico, 12 de dezembro de 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-12/segunda-leitura-ativismo-judicial-afinal-trata>>. Acesso em: 05 ago. 2023.