FÁBIO DECIMONI

PRESCRIÇÃO PENAL

9º curso de especialização em direito penal

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
SÃO PAULO – 2012

FÁBIO DECIMONI

PRESCRIÇÃO PENAL

Monografia apresentada à Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, como parte das exigências do Programa do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Penal, para obtenção do título de Especialista em Direito Penal.

Orientador: Mário Luiz Sarrubbo

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
SÃO PAULO – 2012

PRESCRIÇÃO PENAL

Monografia apresentada à Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, como parte das exigências do Programa do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Penal, para obtenção do título de Especialista em Direito Penal.

Avaliação: _____

_____
Prof. Dr. Mário Luiz Sarrubbo
Orientador

Aos meus pais pela dedicação, esforço e educação que incessantemente sempre me proporcionaram e nos quais encontro um porto seguro.

À minha esposa, Daniela, pelo incansável apoio, e ao nosso filho, João Pedro, que neste momento encontra-se na fase final de gestação.

Ao meu orientador, Dr. Mário Sarrubbo, que encontrou espaço em sua carregada agenda para dedicar momentos importantes que muito contribuíram para a concretização do presente trabalho.

RESUMO

Neste trabalho de conclusão de curso de especialização em Direito Penal será analisado o instituto da prescrição penal desde as suas origens, ainda na sociedade antiga, até o seu atual estágio.

Num primeiro momento, o tema aparenta certa simplicidade, mas aqueles que lidam no dia a dia da justiça criminal têm ciência da importância do instituto e de sua elevada incidência nas ações penais.

Essa é a razão da escolha do tema do presente trabalho.

Com freqüência ações penais são extintas em função da ocorrência de prescrição.

A legislação vigente apresenta falhas, que serão apontadas ao longo do trabalho, sendo que alterações legislativas buscam constantemente supri-las, mas ainda assim o instituto da prescrição no direito brasileiro possui problemas de fundamentos.

Como exemplo, temos a recentíssima Lei nº 12.650, publicada em 18.05.2012, que criou novo termo inicial do prazo prescricional para os crimes contra a dignidade sexual que tenham como vítimas crianças e adolescentes.

Já a prescrição, em sua modalidade retroativa, é por muitos apontada como um dos vícios do instituto.

Essa constatação fica evidente quando analisamos legislações estrangeiras acerca do tema, nas quais, em sua maioria, prevêem um recrudescimento dos prazos da prescrição da pretensão executória em relação à prescrição da pretensão punitiva, inversamente ao que ocorre no Brasil.

Em conclusão, apontamos que é hora de revermos o regramento do instituto, sendo que o momento revela-se adequado ao debate, uma vez que um novo projeto de Código Penal está em discussão no Congresso Nacional.

Palavras-chave: Prescrição penal. Desenvolvimento do instituto. Espécies de prescrição. Imprescritibilidade. Direito estrangeiro.

ABSTRACT

In this specialization course conclusion work in Penal Right will be analyzed the institute of the penal prescription since his origins, still in the old society, to the present period.

In a first moment, the subject pretends sets right simplicity, but those that handle in the day by day of the criminal justice has science of the importance of the institute and of its elevated incidence in the penal actions.

That it is the reason of the choice of the subject of the present work.

With frequency prosecutions are extinct in function of the occurrence of prescription.

The current legislation presents faults that will be aimed throughout the work, being that legislative alterations seek constantly supplied them, but nevertheless the institute of the prescription in the Brazilian Law has problems of foundation.

As example, we have the recent Law nº 12.650, published in 18 of May of 2012, that created new initial term of limitations deadline for crimes against the sexual dignity that have victims infants and adolescents.

Already the prescription in his retroactive modality is for many aimed as one of the addictions of the institute.

That verification stays evident when we analyze foreign legislations about the subject, in the which, in their majority, foresee an intensification of the terms of the prescription of the executory pretension regarding the prescription of the punitive pretension, inversely to what occurs in Brazil.

In conclusion, we aim that is time to us review the treatment of the institute, being that the moment reveals-itself adequate to the debate, since a new project of Penal Code is in argument in the National Congress.

Keywords: Prescription criminal. Development of the institute. Species prescription. Imprescriptibility. Foreingn Law.

SUMÁRIO

Introdução 8
1 O poder-dever estatal de punir 9
1.1 Conclusão 12
2 Prescrição 13
2.1 Definição 13
2.2 Origem e desenvolvimento histórico 14
2.3 Fundamentos do instituto 20
2.3.1 Teoria do esquecimento 20
2.3.2 Teoria da expiação moral 22
2.3.3 Teoria da emenda 23
2.3.4 Teoria psicológica 24
2.3.5 Teoria da dispersão das provas 25
2.3.6 Teoria da presunção da negligência estatal 26
2.3.7 Teoria da exclusão do ilícito 27
2.3.8 Considerações sobre as teorias 28
2.4 Conclusão 30
3 Espécies de prescrição penal 31
3.1 Prescrição da pretensão punitiva 31
3.1.1 Contagem do prazo 34
3.1.1.1 Causas impeditivas e suspensivas no Código Penal 38
3.1.1.2 Causas suspensivas não previstas no Código Penal 40
3.1.1.2.1 Lei nº 9.099/95 40
3.1.1.2.2 O artigo 366 do Código de Processo Penal 41
3.1.1.2.3 O artigo 368 do Código de Processo Penal 46
3.1.1.2.4 O crime tributário e a suspensão da prescrição 47
3.1.1.3 Causas interruptivas 49
3.1.2 Prescrição retroativa 53
3.1.2.1 Prescrição virtual 56
3.1.3 Prescrição intercorrente, superveniente ou subsequente 58
3.2 Prescrição da pretensão executória 59
3.2.1 Contagem do prazo 61
3.2.2 Suspensão da prescrição da pretensão executória 64
3.2.3 Causas que interrompem a prescrição executória 65
3.3 Conclusão 67
4 Imprescritibilidade 69
4.1 Racismo 70
4.2 Ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático 72
4.3 A possibilidade de criação de novas hipóteses de imprescritibilidade 73
4.4. Conclusão 77

5 A Prescrição no mundo 78
5.1 Itália 78
5.2 Alemanha 79
5.3 França 80
5.4 Portugal 81
5.5 Espanha 82
5.6 Argentina 83
5.7 Paraguai 85
5.8 Conclusão 85
Conclusão 87
Referências 91
Anexo 93

Introdução

Atualmente, existem inúmeras discussões acerca da eficiência do direito penal vigente em nosso ordenamento no que concerne à capacidade de combater efetivamente a criminalidade e à promoção segurança à sociedade.

As dificuldades estruturais enfrentadas pelos órgãos estatais encarregados do combate à criminalidade, muitas vezes, contribui para a criação de uma de sensação de impunidade.

A prescrição penal como causa de extinção da punibilidade muitas vezes é vista também como um meio pelo qual autores de delito busquem evitar a imposição de sanções penais.

Daí a importância do tema proposto no presente trabalho de conclusão de curso de especialização em direito penal.

Justifica-se a realização dessa pesquisa tendo em vista que ao tema não é dada a devida atenção nos bancos acadêmicos, não sendo atentado para a importância da prescrição e sua rotineira incidência nos processos penais.

Portanto, estudaremos nesta monografia o atual regramento da prescrição penal no direito brasileiro.

Cuidaremos de sua origem, de seu desenvolvimento histórico, assim como das teorias que buscam fundamentar a existência do instituto.

Em seguida, trataremos das espécies de prescrição, da forma de contagem do prazo prescricional, considerando as causas impeditivas, suspensivas e interruptivas.

Mais adiante, discorreremos sobre a imprescritibilidade e, como derradeiro capítulo, daremos atenção ao direito estrangeiro.

Ao final, teceremos algumas conclusões.

Adotaremos para a elaboração do presente trabalho a técnica de pesquisa bibliográfica.

1 O poder-dever estatal de punir

O delito é um fato humano que apresenta conseqüências não só para a vítima, mas para toda a sociedade, uma vez que a ordem pública é também, de certa forma, atingida.

A paz social, nos aspectos do convívio harmônico e respeito às relações entre os indivíduos é, com o crime, afetada.

Nesse contexto, ocorrida uma infração penal, surge para o Estado – que possui dentre os seus objetivos, a promoção o bem comum – o poder-dever de reprimir a ocorrência desse delito.

Para isso o Estado é dotado do *jus puniendi*, que é o direito subjetivo de punir o infrator da norma penal incriminadora.

Num primeiro momento, o Estado exige do indivíduo comportamento adequado ao preceito proibitivo constante do tipo penal incriminador, é o que se denomina de direito penal objetivo, constituído pelo conjunto de normas jurídicas penais.

Num segundo estágio, violada a norma proibitiva, cumpre ao Estado a adoção dos meios necessários à apuração de suas circunstâncias, à identificação de seus autor(es) e a imposição de sanção, exercendo, assim, o *jus puniendi*, que é o direto subjetivo correlato ao anterior direito objetivo.

> Desse modo, em um primeiro momento sabe-se que o ordenamento jurídico tutela o direito à vida, proibindo qualquer lesão a esse direito, consubstanciado no dever ético-social "não matar". Quando esse mandamento é infringido, o Estado tem o dever de acionar prontamente os seus mecanismos legais para a efetiva imposição da sanção penal à transgressão no caso concreto, revelando à coletividade o valor que dedica ao interesse violado. Por outro lado, na medida em que o Estado se torna vagaroso ou omisso, ou mesmo injusto, dando tratamento díspar a situações assemelhadas, acaba por incutir na consciência coletiva a pouca importância que dedica aos valores éticos e sociais, afetando a crença na justiça penal propiciando que a sociedade deixe de respeitar tais valores, pois ele próprio se incumbiu de demonstrar sua pouca ou nenhuma vontade no acatamento a tais deveres, através de sua morosidade, ineficiência e omissão.[1]

É, portanto, com o objetivo de impor uma sanção ao autor do delito que o Estado exerce o *jus puniendi*.

---

[1] CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. Parte geral. Ed. Saraiva, 16ª ed., 2012, p. 20.

> a pena é sempre uma reação a uma violação normativa. Através dessa reação, demonstra-se sempre que se deve respeitar a norma violada. E essa reação demonstrativa acontece sempre às expensas do responsável pela violação normativa (constituem expensas, neste contexto, a perda de quaisquer bens).[2]

Assim, sem o direito penal objetivo, inexiste o respectivo direito penal subjetivo, de modo que, fundado no princípio da legalidade, o Estado somente adquire o *jus puniendi* se previamente vigorar no ordenamento norma penal incriminadora.

> Do ponto de vista objetivo, o Direito Penal (jus poenale) significa não mais do que um conjunto de normas que definem os delitos e as sanções que lhes correspondem, orientando, também, sua aplicação. Já em sentido subjetivo (jus puniendi), diz respeito ao direito de punir do Estado (princípio da soberania), correspondente à sua exclusiva faculdade de impor sanção criminal diante da prática do delito. Fundamenta-se no critério de absoluta necessidade e encontra limitações jurídico-políticas, especialmente nos princípios penais fundamentais.[3]

Esse direito de punir do Estado desenvolveu-se ao longo da história da humanidade.

O homem, desde os primórdios, buscou viver em grupos como forma de obter segurança e proteger-se de fenômenos que até então não possuíam explicação.

Tais grupamentos, posteriormente, convergiram para a formação das sociedades.

Todavia, era inevitável a verificação de conflitos entre os indivíduos em suas relações sociais, fazendo surgir a necessidade de criação de regras de comportamento para prevenir e pacificar essas divergências.

As normas punitivas foram as primeiras a surgir, pois o direito penal funda-se em elementos primários do ser humano, tais como a vida, a liberdade e a integridade[4].

Esse direito estava norteado em punições desproporcionais, fundadas em regras de vingança privada.

Posteriormente, com a Lei de Talião, inicia-se um processo de limitação da punição, evitando-se com isso a perda de membros importantes dos grupos,

---

[2] JAKOBS, Günther. Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade. Del Rey, 2008, p. 20.
[3] PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. Volume 1: parte geral. Ed. RT, 6ª ed., 2006, p. 52
[4] TRIPPO, Mara Regina. Imprescritibilidade Penal. Ed. Juarez de Oliveira, 2004, p. 6.

notadamente, guerreiros.

Em momento mais avançado do desenvolvimento da humanidade, o modelo de vingança privada dá lugar ao sistema de vingança pública e divina.

> A autoridade chamou para si a punição, valendo-se da crença popular de que representava divindades, pelo que poderia vingá-las caso o súdito as ofendesse. Era comum a confusão entre crime e pecado, direito e religião[5].

A partir do Iluminismo o direito penal supera a fase primitiva – fundada na força – e inicia uma fase humanitária, cujo expoente é Cesare de Bonesana, o Marquês de Beccaria, que, com sua obra Dos Delitos e Das Penas chamou a atenção da sociedade contra a brutalidade e irracionalidade do direito penal até então vigente.

> É a essência da obra: defesa do indivíduo contra as leis e a justiça daqueles tempos, que se notabilizaram; aquelas, pelas atrocidades; e esta, pelo arbítrio e servilismo aos fortes e poderosos.[6]

É construído, a partir deste momento, um direito penal que tem consideração aos valores humanos, limitador do poder estatal, que respeita o indivíduo, de modo que o exercício do *jus puniendi* encontra limites na lei.

> Contra os excessos da fase anterior, emerge logo – no chamado Século das Luzes (Século XVIII) – uma reação humanitária ou reformadora decorrente do Iluminismo (Aufklãrung), concepção filosófica que se caracteriza por ampliar o domínio da razão a todas as áreas da experiência humana.[7]

O Estado titulariza o direito de punir, porém, essa prerrogativa não mais encontra fundamento na divindade do detentor do poder e sim constitui um instrumento de natureza social e, em razão disso, deve respeitar os valores humanitários.

Hoje o poder estatal de impor sanção ao infrator da norma penal não é autônomo e somente pode ser exercido por intermédio do processo.

É através da ação penal que o Estado poderá exercer plenamente o *jus puniendi*.

> Mas, praticado o fato vedado no direito objetivo, não pode, mesmo assim, o Estado aplicar discricionariamente a sanção. Cometido o fato típico, antijurídico e culpável

---

[5] TRIPPO, Mara Regina. Ob. cit., p. 7
[6] NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. vol. 1, Ed. Saraiva, 32ª ed., 1997, p. 26.
[7] PRADO, Luiz Regis. Ob. cit., p. 76.

> (o crime), é mister haver lugar sua consequência (a pena), que, todavia, não poderá ser imposta senão mediante processo e julgamento: nulla poena sine judicio.[8]

Portanto, para que o direito de punir seja efetivamente exercido, alcançando seus objetivos, o direito de ação deve ser regularmente manejado, sob pena de inviabilizar a aplicação da sanção penal, objetivo da pretensão punitiva estatal.

> É tão-somente através do processo penal que se pode dar aplicação prática do Direito Penal; é ele o seu único instrumento de execução para os casos concretos.[9]

Consequentemente, encontrando balizas na lei, esse poder estatal deve respeitar limites, sendo um desses o tempo, de modo que não exercido o direito de ação em determinado lapso temporal ou, ainda que exercido o direito de ação e obtida decisão condenatória, mas não iniciado o exercício da pretensão executória, restará inviabilizado o *jus puniendi*.

E esse fenômeno temporal que impede o exercício do *jus puniendi* é a prescrição.

1.1 Conclusão

O chamado Estado democrático de direito encontra na Constituição seus objetivos e limites de poder.

O poder estatal de atuar o direito penal, do mesmo modo, encontra seus limites, sob pena de tornar-se contrário à carta constitucional e passível de sua captação por interesses ilegítimos.

O instituto da prescrição, nesse contexto, atua como regra limitadora temporal do exercício desse poder estatal.

---

[8] NORONHA, E. Magalhães. Ob. cit., p. 316.
[9] PRADO, Luiz Regis. Ob. cit., p. 57.

2 Prescrição

2.1 Definição

A prescrição é uma causa extintiva da punibilidade ligada ao decurso do tempo.

Assim, pode ser definida como a perda, pelo Estado, do direito de exercer o *jus puniendi* por não tê-lo desempenhado dentro do tempo delimitado pela lei.

> Prescrição é a perda da pretensão punitiva ou executória em razão do decurso do tempo. Com a prescrição, o Estado perde o jus puniendi (pretensão punitiva) ou o direito de executar a pena imposta (pretensão executória).[10]

O Estado, desse modo, diante de sua inércia, fica impedido de impor sanção ao infrator da lei penal incriminadora, extinguindo-se a punibilidade do agente e, consequentemente, a pretensão punitiva, uma vez que não haverá interesse de agir para o exercício da ação penal.

> Il decorso Del tempo atenua normalmente l`interesse dello Stato ad accertare Il reato ed anche ad eseguire La pena Che sai stata inflitta, interesse che viene meno con lo svanire del ricordo del fato e delle conseguenze sociali di esso.[11]

A prescrição não se confunde com os institutos da decadência e da perempção, que também são causas extintivas da punibilidade.

A decadência, que do mesmo que a prescrição é um fenômeno atrelado ao decurso do tempo, configura-se pelo não exercício da ação penal privada ou mesmo o oferecimento de representação para os casos de ação penal pública que dela imprescindem.

Inversamente à prescrição, a decadência atinge, em primeiro lugar, o direito de ação e, por consequência, a punibilidade.

Já a perempção, por sua vez, constitui, em síntese, uma espécie de sanção ao autor da ação penal privada, por não promover o respectivo andamento do

---

[10] BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Direito Penal, parte geral. Vol. 1, Ed. Saraiva, 3ª ed., 2003, p. 605.

[11] ANTOLISEI. Francesco. Manuale di diritto penale, Parte Generale. 14ª ed., Milano – Dott. A. Giuffrè Editore, 1997, p. 764. O decurso do tempo atenua normalmente o interesse do Estado para apurar o crime e também impor uma pena, o interesse é menor com a memória de desvanecimento do destino e as consequências sociais do delito. (nossa tradução).

processo.

As situações configuradoras da perempção, em número de quatro, estão estabelecidas no artigo 60 do Código de Processo Penal:

> Art. 60. Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal:
> I - quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos;
> II - quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36;
> III - quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais;
> IV - quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

A decadência ocorre antes do exercício da ação penal, impedindo a sua instauração, enquanto que a perempção ocorre no seu curso, obstando o seu prosseguimento.

Por sua vez, a prescrição pode ocorrer antes do exercício da ação penal, durante o seu curso e mesmo após a prolação da sentença condenatória e de seu trânsito em julgado.

2.2 Origem e desenvolvimento histórico

Vários são os relatos sobre a origem do instituto da prescrição.

Eduardo Reale Ferrari[12] afirma inexistir precisão quanto aos dados pertinentes à sua origem. Esclarece o referido autor que fontes mais seguras indicam que o instituto surgiu no direito romano.

Mara Regina Trippo sustenta que

> a prescrição já era conhecida entre gregos, conforme relato de Demóstenes e Lísia. Mas não antecedeu o esplendor helênico. Para o direito ateniense, o tempo impunha a extinção da ação penal porque tornava difícil a prova dos crimes. Há anotação sobre a ressalva de alguns delitos como imprescritíveis[13].

Apesar da divergência quanto ao momento histórico de seu surgimento, a doutrina é uníssona em afirmar que a primeira norma escrita acerca da

[12] Prescrição da Ação Penal: suas causas suspensivas e interruptivas, Ed. Saraiva, 1998, p. 1.
[13] Ob. cit., p. 32

prescrição foi veiculada na *Lex Julia Adulteriis*, no século XVIII a.C., durante o governo romano do imperador Augusto.

A norma estabelecia o prazo de cinco anos para a prescrição dos crimes de estupro, lenocínio e adultério, tipificados na referida Lei.

Registros indicam que esse prazo estava relacionado às festas lustrais – que ocorriam a cada cinco anos – nas quais eram realizados banhos com o fim de lavar a culpa religiosa e purificar o homem.

Em razão desse fato, estava a prescrição ligada ao perdão, de modo que, decorrido cinco anos sem que houvesse a conclusão do processo, o acusado estaria livre de qualquer sanção, não podendo ser alcançado por qualquer pena decorrente do crime praticado.

Com o desenvolvimento do instituto, a prescrição encontrou bases civilistas para sua justificação, fundando-se na inércia estatal, caracterizando um desinteresse pela punição[14].

Assim, para evitar que o indivíduo permanecesse indefinidamente ao arbítrio da vontade estatal, a prescrição incidia afastando qualquer reação a destempo.

Independentemente de sua razão, o instituto da prescrição foi aceito e adotado pela maioria das civilizações e no seu desenvolvimento percebe-se reiteradas alterações de prazos para sua consumação.

A *Lex Cornelia Injuriis*, editada aproximadamente entre os anos 294 a 301 a.C., à época de Deocleciano e Maximiliano, estabeleceu o prazo prescricional de vinte anos para os crimes de ação pública, com exceção de alguns delitos, dentre os quais os carnais e peculato.

Ainda nesse último período da antiguidade, surgiu a primeira previsão legal de imprescritibilidade, relacionada aos delitos de parricídio, parto suposto e heresia.

A partir da queda do império romano e início da Idade Média, vê-se

[14] FERRARI. Eduardo Reale. Ob. cit., p. 2

constante alteração dos prazos prescricionais, mantendo-se, contudo, a sua estrutura.

Inicialmente, verifica-se uma tendência de redução exacerbada dos prazos prescricionais[15].

Tal fato acarretou grandes debates acerca do instituto, sendo discutido o seu desaparecimento. Os jurisconsultos romanos, visando contornar a situação criada com a redução dos prazos, buscaram dificultar a sua ocorrência, a partir do aumento de seus prazos, todavia, sem um critério científico adequado.

Ferrari esclarece:

> A legislação na Toscana nos idos de 1562-1563 é a maior prova da desproporcionalidade entre os prazos prescricionais e as condutas delituosas, estabelecendo a prescrição de dez anos, para crimes dos mais diversos, tais como homicídio, roubo, furto, rebelião, traição, rapto e violência por desejo carnal, ficando os demais delitos com um prazo prescricional de cinco anos.[16]

Porém, durante a Idade Média o trato com o instituto não se limitou a alteração de prazos.

Novas feições foram inseridas na incidência da prescrição, como, por exemplo, a hipótese de redução da pena quando o prazo prescricional tivesse decorrido em sua maior parte, desde que o acusado apresentasse bom comportamento durante o processo e não praticasse outro delito.

É o que se denominou de *emendatio*, pela qual, com o passar do tempo, sem que o processo fosse julgado, a pena futuramente aplicada sofreria redução.

Na Itália, o desenvolvimento da prescrição desde os primórdios foi tratado com relevância, sendo objeto de intensos debates.

Nesse contexto, não se pode olvidar das lições de Beccaria que, apesar de ser um ícone dentre os pensadores liberais de sua época, demonstrava resistência à prescrição, em especial, em relação aos crimes graves, sintetizada por E. Magalhães Noronha[17] na seguinte passagem:

> Tem o instituto da prescrição sofrido críticas. Beccaria escreveu que, "quando se trata desses crimes atrozes, cuja memória subsiste por muito tempo entre os homens,

[15] PORTO, Antonio Rodrigues. Da prescrição penal. Ed. RT, 3ªed. 1983, p. 13.
[16] Ob. cit., p. 4.
[17] Ob. cit., p. 359.

> se os mesmos forem provados, não deve haver nenhuma prescrição em favor do criminoso que se subtrai ao castigo pela fuga". É um estímulo à fuga – proclamam alguns. São relativos os argumentos da cessação do interesse de punir e da fraqueza ou desaparecimento das provas – dizem outros. Os filiados à Escola Positiva aceitam-na somente quando cessada a periculosidade.

Contudo, Beccaria sustentava o cabimento da prescrição para os crimes de menor gravidade, pois nessas hipóteses o decorrer do tempo permitiria a recuperação do delinquente, ou mesmo, fazer perder a razão da aplicação de pena.

Enquanto na Itália o debate sobre a prescrição desenvolveu-se desde a antiguidade, o direito alemão pouco tratou do assunto. Somente a partir do século XV e, com mais intensidade, a partir dos séculos XVI e XVII é que o tema ganhou relevância na Alemanha.

Importante contribuição para o instituto foi dada pelo direito francês.

A prescrição na França encontra suas bases no direito romano.

Contudo, é do direito francês que se extrai o primeiro registro da prescrição da pena, desconhecida dos romanos e, por conseguinte, do direito italiano.

Segundo Mara Regina Trippo[18], tal modalidade de prescrição foi admitida pela jurisprudência francesa, ainda no século XVII, com fundamento num Decreto do Parlamento datado de 29 de abril de 1642, que estabelecia a prescrição da pena em trinta anos, aplicando-se o prazo trintenário dos romanos.

No Brasil, na medida em que se desenvolveu a legislação pátria, a prescrição foi tomando corpo, até chegar ao atual estágio.

Na época do Brasil-colônia, empregou-se aqui a legislação então vigente em Portugal. Portanto, vigeram no Brasil as Ordenações Afonsinas, as Ordenações Manoelinas e, por fim, as Ordenações Filipinas, cujo Livro V, que tratava do direito penal, foi considerado um diploma extremamente severo.

Não existem registros de que as Ordenações Afonsinas e Manoelinas trataram da prescrição.

---

[18] Ob. cit., p. 36

No que toca às Ordenações Filipinas, pela própria natureza do direito penal nela veiculado, é certo que ela não dispunha sobre a prescrição.

Com a proclamação da independência e, consequentemente, com a elaboração dos diplomas legais nacionais, a prescrição começou a encontrar previsão normativa no ordenamento pátrio.

A Constituição de 1824, outorgada por D. Pedro I, previa a criação de um Código Criminal, que foi elaborado e sancionado em 1830.

Todavia, este Código nada tratou a respeito da prescrição.

Mara Regina Trippo sugere que este fato muito provavelmente decorreu do entendimento de que o instituto possuía índole processual.

> Quanto à prescrição da pretensão punitiva (da ação), o diploma nada dispôs, o que, provavelmente, decorreu do entendimento de que sua natureza era processual, e, por isso, o legislador reservou-se para a respectiva lei em iminência: o Código de Processo Criminal, advindo em 29 de novembro de 1832[19].

O primeiro normativo legal acerca do tema foi veiculado em uma lei datada de 30.09.1830, a qual tratava sobre o abuso de liberdade de imprensa e cuidou da prescrição da ação pública e privada quanto aos crimes nela previstos.

Efetivamente, o instituto foi regulamentado pelo Código de Processo Criminal de 1832.

Nessa época as legislações penal e processual penal receberam os influxos da liberdade adquirida com a independência e, desse modo, eram legislações brandas.

Todavia, essa legislação liberal cedeu espaço a um regramento penal e processual rigoroso.

Isso se deu a partir da edição da Lei n° 261, de 1841, que modificou de modo substancial o tratamento da prescrição.

A novel legislação estabeleceu a imprescritibilidade dos crimes inafiançáveis e, seguindo o modelo de endurecimento da legislação, aumentou o rol de delitos que não admitiam a fiança.

---

[19] Ob. cit., p. 39.

A prescrição da pena era até então inadmitida no ordenamento pátrio, somente vindo a ser reconhecida quando o Brasil já experimentava o período republicano.

O primeiro diploma a tratar desta modalidade de prescrição foi o Decreto n° 774, de 20.09.1890.

Ainda em 1890 a matéria passou a ser tratada no Código Penal Brasileiro, onde as duas modalidades de prescrição – da ação e da pena – foram regulamentadas no mesmo diploma legal.

A esta regulamentação seguiram algumas alterações promovidas por normas estranhas ao Código Penal, as quais tinham por objetivo impedir a ocorrência da prescrição de certos delitos para acusados que se encontravam fora do país.

Exemplo dessa norma foi a Lei n° 515, de 1898, que estabelecia a imprescritibilidade do crime de moeda falsa, quando o autor estivesse domiciliado no exterior.

Em 1940 foi elaborado um novo Código Penal, sancionado pelo então Presidente Getúlio Vargas.

Nessa nova codificação, era tratada tanto a prescrição da ação como da pena, além de estabelecer causas taxativas de sua interrupção e suspensão.

Estabeleceu, ainda, que após a sentença condenatória, tornavam-se imprescritíveis as penas acessórias.

A título de registro, vale citar que, no ano de 1969, durante o regime de exceção vivido no Brasil, foi elaborado um novo Código Penal que, contudo, não chegou a entrar em vigor.

Em 1984 a parte geral do Código Penal de 1940 foi reformulada pela Lei n° 7.209, de 11 de julho, mantendo o tratamento da prescrição.

Essa reforma, porém, ao modificar o sistema de penas, extinguiu a previsão de penas acessórias e, por conseguinte, afastou do ordenamento a hipótese de imprescritibilidade até então existente.

Em 1988, com a promulgação do novo texto constitucional, a imprescritibilidade, contudo, ganhou status de norma suprema, nas hipóteses de crimes de racismo e de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático (Art. 5°, incs. XLII e XLIV, da CF).

2.3 Fundamentos do instituto

Como ocorre em todo instituto do direito, e com a prescrição não é diferente, a doutrina desenvolveu várias teorias visando conferir fundamento a esta causa extintiva da punibilidade.

Ao longo da história muito se debateu sobre a validade da existência do instituto, sendo que os contrários ao reconhecimento da prescrição sustentavam tratar-se de incentivo à impunidade.

Contudo, com o passar dos anos e com o desenvolvimento da humanidade, o instituto ganhou força e hoje é reconhecido pela grande maioria dos ordenamentos, encontrando diversas teorias para fundamentar sua utilidade.

2.3.1 Teoria do esquecimento

Segundo a teoria do esquecimento, o decurso do tempo faz com que a sociedade esqueça a ocorrência do delito, cessando a sensação de intranquilidade e, consequentemente, o interesse social de punição ao delinquente.

Sustentam, ainda, os adeptos da referida teoria, que a aplicação da pena visa a pacificação social e, com o passar do tempo, esse objetivo já seria alcançado em decorrência do esquecimento, de modo que a imposição de pena ao delinquente somente traria à tona aquilo que o meio social já retirou da memória.

Por conseguinte, a pena nessa situação revelar-se-ia desnecessária e inútil, pois não existiria a retributividade pelo mal causado, bem como não atingiria a finalidade de prevenção geral negativa que toda pena carrega.

Outro aspecto encontrado para justificar a teoria funda-se na ideia de que o passar do tempo prejudica a produção das provas e, em contrapartida, os meios de defesa do acusado são mais difíceis. Confunde-se com a teoria da prova, que veremos mais adiante.

A teoria do esquecimento, como todas as demais, não passou incólume de críticas.

A primeira contrariedade a ser apontada é que a teoria ora tratada parte da generalidade ao afirmar que o passar do tempo faz com que a sociedade esqueça o delito.

Todavia, muitos dos crimes, senão a maioria, são conhecidos por um número restrito de pessoas, não podendo, desse modo, atribuir-se ao esquecimento da sociedade de forma genérica.

Christiano Jorge Santos[20], acertadamente, esclarece:

> Hodiernamente, a concentração urbana nas cidades e a significativa criminalidade não permitem que as pessoas tenham qualquer contato com a maior parte de enorme gama de delitos praticados. A população, por via de consequencia, sabe apenas dos crimes que, por um motivo ou por outro, são divulgados pela imprensa, daqueles cometidos contra pessoas próximas de si, parentes e amigos, ou daqueles com alguma repercussão, cometidos nas imediações de suas residências ou locais de trabalho, lazer ou passagem.

E conclui: “Por questão lógica, repise-se, não se aplica aqui a teoria do esquecimento, porque não se esquece do desconhecido”.

Além disso, a teoria, ao considerar a generalidade, deixa de lado vítimas e demais pessoas diretamente ligadas ao crime e às suas conseqüências, atores esses que dificilmente apagarão de suas memórias os fatos relacionados ao crime, sendo certo que a depender da natureza do delito, carregaram as marcas por todas as suas vidas.

Por outro lado, há que se discutir se o decurso do tempo promove

[20] Prescrição Penal e Imprescritibilidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 39.

efetivamente a regeneração do delinquente.

A sanção penal, em relação ao autor do crime, não se resume à retribuição pelo mal causado, tem também por finalidade, promover a sua ressocialização, evitando a reiteração criminosa.

Assim, o decurso do lapso prescricional pode até proporcionar em certa parcela da sociedade o esquecimento do crime, mas o indivíduo, autor do delito, não esquecerá do ato praticado, sendo que o passar do tempo, associado à impunidade, ao contrário de promover a regeneração, poderá incentivá-lo a praticar novos crimes.

Por essas e algumas outras razões a teoria do esquecimento encontra resistência.

2.3.2 Teoria da expiação moral

A teoria parte da premissa que todo delinquente padece de arrependimento de sua conduta, de forma que o decorrer do tempo, associado à ameaça do processo e da pena, impinge ao autor do delito sofrimento suficiente.

Em consequencia, a imposição de pena tornaria desnecessária, pois o indivíduo já teria experimentado as angústias, ansiedades e remorsos suficientes para sua punição.

Essa teoria remonta ao século XIX, sendo que os autores, e por todos eles vale citar Antonio Rodrigues Porto[21], mencionam que os adeptos dessa teoria foram Le Sellyer, Faustin Hélie, Boitard e Cousturier.

Ora, a premissa dessa teoria pode até encontrar fundamento psicológico e, também, adequar-se a boa parte das situações verificadas à época de sua idealização.

Todavia, difícil conceber que todo criminoso padeça de remorso e que o

[21] Ob. cit., p. 5-6.

passar do tempo acarreta-lhe angústias e ansiedades pela possibilidade de sofrer sanção pelo delito praticado.

Ainda mais se analisarmos os dias atuais, onde a criminalidade ganhou dimensões elevadas, onde a existência de organizações criminosas, associadas às dificuldades estatais na apuração de crimes, proporciona que muitos indivíduos façam da prática do delito o seu meio de vida.

Também, há aqueles crimes que não provocam angústia e remorso algum, como o são a maioria dos delitos de menor potencial ofensivo.

Nesse aspecto, Christiano Jorge Santos[22] e Mara Regina Trippo[23] citam como exemplo o delito tipificado no artigo 51 da Lei n° 9.605/98 – "comercialização de motosserra sem registro de autoridade competente".

Não se pode olvidar que há situações em que o autor do delito padeça de angústias e remorsos pelo sofrimento causado às vítimas.

Todavia, de forma pacífica, sustenta a doutrina que a medida acertada para afastar a aplicação da sanção nessa hipótese não seria a prescrição, e sim o perdão, instituto mais adequado às circunstâncias peculiares quando efetivamente verificado o arrependimento do agente.

> Com base nesse raciocínio, a maior parte dos autores nacionais referidos neste tópico concorda com J. J. Haus e com Adolphe Prins, no sentido de que, se fosse o caso, caberia a concessão de clemência soberana, em específico, a graça – e não a prescrição -, aos criminosos objeto de detecção de real arrependimento. Nada a acrescer, nesse tocante, a tal conclusão.[24]

2.3.3 Teoria da emenda

A teoria da emenda sustenta que com o passar do tempo e demonstrando o autor do delito não apresentar perigo à sociedade, notadamente, pela ausência de seu envolvimento em outras condutas delitivas, restaria afastada a punibilidade pela prescrição.

---

[22] Ob. cit., p. 44
[23] Ob. cit., p.50.
[24] SANTOS, Christiano Jorge. Ob. cit., p. 44.

Trabalha com uma presunção *jure et de jure*, de que o passar do tempo acarreta a emenda do delinquente, acabando com a necessidade de punição.

Todavia, do mesmo modo que a teoria da expiação moral, não é o decurso do tempo que leva à ressocialização do indivíduo. Essa só se verifica a partir da efetiva conduta do ser humano.

A presunção de que se vale a teoria é falha, pois o simples fato de inexistir novos registros do envolvimento do acusado em outros delitos durante o curso do processo, em certo lapso temporal, não é suficiente para demonstrar a sua adequação social e moral.

A escola positivista, que sempre demonstrou ressalvas ao instituto da prescrição, sustentava que ela somente deveria ser reconhecida àqueles que efetivamente demonstrassem merecê-la, a partir de conduta social adequada.

Todavia, essa tese positivista, contrária à teoria da emenda, mais se alinha ao perdão, pois faz a análise a partir do indivíduo, sendo o decurso do tempo mera circunstância acessória.

2.3.4 Teoria psicológica

Preconiza a teoria que o indivíduo tem alterada toda a sua constituição psíquica com o decorrer do tempo.

No momento do crime, o agente seria uma pessoa e, com o passar do tempo, sofreria alteração psíquica, tornando-se alguém distinto daquele indivíduo que praticou a conduta delitiva e, por isso, não mereceria suportar a aplicação da pena.

A pena, nessas circunstâncias perde sua razão, pois com a alteração psíquica, estaria sendo punida pessoa diversa do delinquente.

A doutrina, e por toda ela vale citar Antonio Rodrigues Porto[25], cita que

[25] Ob. cit., p. 08.

René Garraud afirmou que a aplicação isonômica dessa teria levaria à conclusão de que deveria extinguir-se antecipadamente as execuções em curso, em razão do decurso do tempo, pois para os indivíduos em cumprimento da pena, o tempo também levaria à alteração de sua estrutura psíquica.

É certo que o tempo provoca mudanças no ser humano. Contudo, afirmar que tal alteração acarreta a completa mudança de pessoa constitui grande equívoco.

Muitas pessoas amadurecem com o passar do tempo e fatos cometidos em tempos passados não seriam repetidos.

Porém, há indivíduos que não se emendam durante toda a vida, de modo que a tese seria falha nessas situações, pois, como bem esclarece Christiano Jorge Santos[26]:

> ...não expuseram os criadores da teoria nem seus defensores a solução para os criminosos que somente pioram moral e comportamentalmente. Decerto, a resposta somente poderia ser a da imprescritibilidade, pois nada justificaria deixar alguém que no momento do cumprimento da pena revela conduta ainda mais antissocial do que à época em que o cometeu.

2.3.5 Teoria da dispersão das provas

O argumento dessa teoria é que o decurso do tempo torna mais difícil a produção de provas seguras do crime, tornando incerta a condenação e prejudicando o direito de defesa do acusado.

A teoria, desenvolvida por Thomasius no ano de 1685 com a edição da obra *De bigamiae praescriptionis*, trabalha com fundamentos processuais para justificar a prescrição.

O tempo, efetivamente, pode ocasionar prejuízo à produção das provas, notadamente, aquelas que dependem da lembrança das pessoas, por exemplo, depoimentos de vítimas e testemunhas.

Contudo, em determinados casos, o passar dos anos, associado aos avanços tecnológicos, poderia facilitar a realização de provas periciais e oferecer

[26] Ob. cit., p. 48.

um conjunto probatório muito mais seguro para a formação do juízo de mérito pelo magistrado.

Outra situação que a teoria não esclarece diz respeito à diversidade de prazos prescricionais, pois o estabelecimento dos prazos com fulcro na quantidade da pena prevista ao delito é incompatível com a teoria da dispersão das provas, uma vez que delitos de pena ínfima e delitos de elevada pena, mas cuja prova seria de mesma natureza, prescreveriam em momentos distintos.

A proceder à tese em debate, os prazos deveriam ser fixados de acordo com a natureza da prova a ser produzida em cada delito, algo praticamente impossível.

Eduardo Reale Ferrari[27], ao tratar dessa teoria assinala que a dispersão das provas ocasiona consequências ao processo. Porém, esclarece que a situação de dificuldade na produção da prova e, consequentemente, a verificação de um conjunto probatório inseguro, tecnicamente, levaria à absolvição do acusado com fundamento no princípio *in dubio pro reo*, pois escorada na dúvida ou não convencimento do julgador, mas não na incidência da prescrição.

Nesse aspecto Christiano Jorge Santos[28] argumenta, ademais, que a "teoria atenta contra o princípio da livre apreciação da prova por parte do julgador", pois na hipótese de, mesmo após longo período de tempo, for obtido um conjunto probatório coeso e seguro, estaria o magistrado impedido de impor um decreto condenatório.

Outra crítica que recai sobre a teoria é o fato de ser inaplicável à prescrição executória, uma vez que nessa situação o fato delitivo encontra-se devidamente provado e judicialmente reconhecido.

2.3.6 Teoria da presunção da negligência estatal

Para essa teoria, a prescrição decorre da negligência estatal em apurar e

[27] Ob. cit., p. 30.
[28] Ob. cit., p. 50.

processar os delitos.

Guarda relação com a prescrição do direito civil, que, em síntese, constitui uma sanção ao titular de um direito que negligencia quanto ao exercício do direito de ação.

Não se pode afirmar, porém, na existência de uma negligência estatal.

Primeiramente, há que se ponderar que certos crimes sequer chegam ao conhecimento dos órgãos oficiais incumbidos de apurá-los.

Em segundo lugar, muitas vezes as apurações encontram barreiras na falta de estrutura das polícias e demais órgãos estatais responsáveis pelo processamento dos inquéritos e processos penais.

Contudo, tais situações não podem ser tidas como sinônimo de negligência, pois para a configuração desta é necessária a presença da vontade de não apurar, o que não se verifica.

Também não se pode olvidar que em muitas situações os investigados e acusados agem para que o Estado não alcance o objetivo de promover a devida apuração do crime, adotando medidas como, por exemplo, constantes mudanças de endereços, destruição de provas, utilização de identidade falsa, entre outras medidas.

Assim, não se pode atribuir ao Estado a responsabilidade pela ocorrência da prescrição, pois, como bem conclui Christiano Jorge Santos seria uma "verdadeira premiação da má-fé do agente delitivo, e não punição ao Estado desidioso"[29].

2.3.7 Teoria da exclusão do ilícito

Para essa teoria, após muitos anos, a infração penal perde relevância, não se exigindo, dessa forma, proteção penal para aquele fato, há muito praticado.

[29] Ob. cit., p. 54.

Mara Regina Trippo[30] afirma que a teoria foi admitida na Alemanha, “onde parte da doutrina sustenta que a prescrição é uma causa de derrogação do ilícito”.

Desse modo, segundo a teoria ora tratada, o decurso do tempo atuaria como

meio de eliminação do ilícito da conduta, que perderia relevância jurídica, ocorrendo, nos dizeres de Eduardo Reale Ferrari, uma “ab-rogação branca”[31].

Ocorre, porém, que o instituto da prescrição tem por premissa o afastamento da punibilidade do agente, não influindo nas circunstâncias fáticas do delito.

2.3.8 Considerações sobre as teorias

Conforme é possível notar do que até aqui foi exposto, nenhuma das teorias consegue explicar a contento os fundamentos da prescrição.

Invariavelmente, explicam alguns aspectos, mas deixam a desejar em relação a outros, como, por exemplo, a teoria do esquecimento, que em certa forma possui razão em afirmar que com o decorrer do tempo o delito é apagado da memória da população e que por isso a aplicação da sanção tardia não atingiria seus efeitos. Porém, não toma em consideração a questão da vítima, que muito provavelmente não conseguirá apagar de sua mente o que experimentou em razão do delito.

Do mesmo modo ocorre com a teoria da emenda que se vale de uma presunção de correção do indivíduo em razão do passar do tempo, e também com a teoria psicológica, pela qual o tempo transforma o ser humano de tal modo que no momento da aplicação da pena será outro o indivíduo que irá suportá-la. Ambas deixam em aberto a situação do criminoso contumaz, que faz

[30] Ob. cit., p. 51.
[31] Ob. cit., p. 36.

do delito seu meio de vida.

Outras teorias valem-se dos mais diversos fatores como a teoria da expiação moral, pela qual a possibilidade de sofrer a imposição da pena impinge ao deliquente tamanho sofrimento, ou mesmo a teoria da dispersão das provas, que se envereda em questões processuais que podem ser adequadamente resolvidas pela decisão judicial, não havendo necessidade de utilizar-se da prescrição para afastar a aplicação da pena.

Por essas razões de inaplicabilidade de uma única teoria, vários autores realizam uma combinação de fundamentos para buscar explicação segura ao instituto da prescrição.

Eduardo Reale Ferrari[32], por exemplo, conjuga as teorias do esquecimento, dispersão das provas e da teoria político-criminal (da qual não tratamos por não considerá-la fundamento do instituto, mas sim uma opção legislativa, tal qual todas as demais causas de extinção de punibilidade existentes no ordenamento).

Cremos que a compatibilidade de teorias constitua o modo mais seguro para fundamentar o instituto, apesar de ainda assim, corrermos o risco de encontrarmos lacunas.

Não podemos olvidar das lições de Antonio Rodrigues Porto[33] para quem:

> A instabilidade das razões favoráveis à prescrição, acima examinadas, mostra que esse modo de extinção da punibilidade é criação de Política Criminal, quer se considere esta como ciência autônoma, quer como simples investigação dos meios adequados à repressão da criminalidade.

Com efeito, a prescrição encontra suas bases em razões de política criminal, a partir de opções do legislador na eleição das causas extintivas da punibilidade que vigerão em determinado ordenamento e na forma de sua regulamentação.

---

[32] Ob. cit., p. 37.
[33] Ob. cit., p. 8.

O passar do tempo que leva à extinção da punibilidade pela prescrição, também provoca transformações na sociedade.

Assim, uma determinada teoria pode oferecer bons fundamentos em determinado momento histórico, enquanto que em outros momentos não contribuirá com explicação alguma.

Por todas essas razões, entendemos que o tratamento dos fundamentos do instituto mais se aplicam ao plano teórico do que efetivamente à prática do direito penal, pois, uma vez eleita pelo legislador como causa extintiva da punibilidade e da pena, ela vigerá no ordenamento, independentemente dos fundamentos suscitados pelos estudiosos.

2.4 Conclusão

Apesar da inexistência de precisão quanto ao momento histórico de seu surgimento, o estudo demonstra que o instituto da prescrição surgiu há muitos anos e desenvolveu-se ao longo do tempo.

Inúmeras legislações, dos mais variados países, trataram do instituto, contribuindo para seu desenvolvimento.

No Brasil não foi diferente e, como veremos nos próximos capítulos, ainda hoje são discutidas e elaboradas leis a respeito do tema, buscando a superação de problemas e o aprimoramento do instituto.

3 Espécies de prescrição penal

No Código Penal brasileiro encontramos duas espécies de prescrição:

a) Prescrição da pretensão punitiva;

b) Prescrição da pretensão executória.

Por sua vez, a prescrição da pretensão punitiva apresenta duas sub-espécies:

a.1) prescrição retroativa;

a.2) prescrição intercorrente.

3.1 Prescrição da pretensão punitiva

Usualmente e impropriamente denominada de prescrição da ação, a prescrição da pretensão punitiva fulmina o *jus puniendi* estatal, impedindo, por conseguinte, que o Estado promova a ação penal mediante o exercício do *jus persequendi in juditio*, ou ainda, impede o prosseguimento de ação penal já instaurada, extinguindo-a sem julgamento do mérito.

Aqui, em verdade, o direito de ação é atingido de maneira reflexa, em razão da perda do direito de punir pelo Estado que, despido da possibilidade de aplicar uma sanção, não reunirá uma das condições da ação, qual seja, o interesse de agir.

Uma vez verificado o advento da prescrição da pretensão punitiva, o autor do delito estará livre de qualquer conseqüência no âmbito criminal, não podendo ser submetido a qualquer espécie de sanção de natureza penal.

Portanto, a prescrição da pretensão punitiva poderá ocorrer até a sentença penal condenatória transitar em julgado.

> Enquanto a prescrição da pretensão punitiva, em suas três modalidades, ocorre antes do trânsito em julgado da condenação, a prescrição executória só se manifesta após a

sentença condenatória irrecorrível.[34]

A partir do trânsito em julgado da condenação inicia-se o fluxo do prazo para que o Estado execute a sanção imposta na sentença, não mais havendo espaço para discussão da prescrição da pretensão punitiva, mas sim da prescrição da pretensão executória, que será tratada adiante, em tópico específico.

Portanto, consumada a conduta delitiva surge para o Estado o *jus puniendi*.

Este deve ser exercido dentro do lapso temporal previamente definido em lei.

Nos termos do artigo 109, *caput*, do Código Penal brasileiro, a prescrição da pretensão punitiva "regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime"[35] praticado.

Referido dispositivo dispõe acerca dos prazos prescricionais, estabelecendo a regra de que quanto maior a pena máxima abstratamente cominada, maior será o prazo prescricional.

Para melhor sistematização, apresentamos os prazos em forma de tabela:

Pena máxima abstratamente cominada	Prazo prescricional
Acima de 12 anos	20 anos (art. 109, inc. I, do Código Penal)
Acima de 08 anos até 12 anos	16 anos (art. 109, inc. II, do Código Penal)
Acima de 04 anos até 08 anos	12 anos (art. 109, inc. III, do Código Penal)
Acima de 02 anos até 04 anos	08 anos (art. 109, inc. IV, do Código Penal)
De 01 ano até 02 anos	04 anos (art. 109, inc. V, do Código Penal)
Abaixo de 01 ano	03 anos (art. 109, inc. VI, do Código Penal)

[34] BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Ob. cit., p. 607.
[35] Art. 109, *caput*, do Código Penal.

Quando a pena de multa for a única aplicada, o prazo prescricional será de dois anos, enquanto que na situação da multa ser aplicada alternativa ou cumulativamente à pena privativa de liberdade, prescreverá no mesmo prazo da prescrição da pena corporal. É o que determina o artigo 114 do Código Penal.

Há que se registrar, ademais, que para a verificação dos prazos prescricionais que incidem em determinada situação, deve ser considerada a presença de causas de aumento ou diminuição de pena.

Nessas hipóteses, como o Código trabalha com base na pena máxima cominada, para a obtenção do prazo prescricional no caso da presença de causa de aumento, o cômputo deve ser em seu grau máximo.

Assim, exemplificando, num caso de roubo, cujo tipo fundamental está tipificado no *caput* do artigo 157 do Código Penal, com a incidência de alguma causa de aumento de pena disposta no parágrafo segundo, que estabelece a majoração da pena entre um terço até a metade, o cálculo prescricional levara em conta a pena máxima base de dez anos – estabelecida no *caput* – acrescida de metade, obtendo-se, assim, a pena máxima abstratamente cominada de quinze anos.

Conseqüentemente, o prazo prescricional em abstrato para a referida hipótese será de vinte anos, nos termos do artigo 109, inciso I do Código Penal.

De modo inverso, na hipótese de causa de diminuição, esta será contabilizada em seu grau mínimo, de modo a permitir a obtenção do máximo da pena abstratamente cominada.

Adotando como exemplo a disposição estabelecida no parágrafo segundo do artigo 155 do Código Penal, que tipifica o delito de furto privilegiado e determina a diminuição de pena entre um terço e dois terço nas situações que elenca, o cálculo da pena máxima abstratamente cominada tomará o máximo da pena estabelecida ao tipo fundamental – quatro anos – reduzido em um terço, obtendo-se o montante de dois anos e oito meses.

Por conseguinte, o prazo prescricional para a hipótese será de oito anos, a

teor do que estabelece o artigo 109, inciso IV do Código Penal.

Antonio Rodrigues Porto[36] chama a atenção para a distinção das causas de diminuição entre facultativas e obrigatórias. Essas entrariam no cálculo da prescrição em abstrato, as primeiras, não.

Com razão referido autor, pois as causas obrigatórias, como a própria definição demonstra, não poderão ser afastadas no momento da dosimetria da pena.

Assim, se compulsoriamente deverão ser aplicadas quando do cálculo da pena, nada mais correto do que considerá-las desde logo no cômputo do prazo prescricional em abstrato.

Por outro lado, as causas facultativas demandam uma maior análise do julgador no momento da sua incidência, muitas vezes dependendo dos elementos probatórios colhidos no curso da instrução criminal.

Não há, desse modo, *a priori*, certeza quanto à incidência dessas causas ao final do processo.

No que toca às circunstâncias agravantes genéricas, não entram no cálculo do prazo prescricional em abstrato.

Do mesmo modo ocorre com as circunstâncias atenuantes genéricas, à exceção da menoridade de 21 anos ao tempo do crime e à maioridade de 70 anos ao tempo da sentença, diante da disposição expressa do artigo 115 do estatuto penal, determinando a redução dos prazos em metade nessas hipóteses.

> Exceções
> 1ª) Circunstâncias atenuantes que reduzem o prazo da PPP:
> a) ser o agente menor de 21 anos na data do fato: é atenuante genérica, mas a lei diz expressamente que, nesse caso, a prescrição é reduzida pela metade (art. 115 do CP);
> b) ser o agente maior de 70 anos na data da sentença: também é atenuante genérica, mas a lei igualmente determina, nesse caso, a redução do prazo prescricional pela metade (art. 115).[37]

3.1.1 Contagem do prazo

A contagem do prazo prescricional segue determinadas regras

[36] Ob. cit., p. 45.
[37] CAPEZ. Fernando. Ob. cit., p. 628.

estabelecidas no artigo 111 do Código Penal.

A primeira delas diz respeito ao crime consumado (artigo 111, inciso I).

Por ela, o prazo prescricional tem início no dia em que se consumou o delito.

Por vezes a ação delitiva ocorre em determinada data, onde o agente exaure o *iter criminis*, mas a consumação do crime somente ocorre dias ou mesmo tempos depois.

Como exemplo podemos citar um crime de homicídio, onde o agente atinge a vítima com uso de arma de fogo, sendo esta socorrida e levada ao hospital, vindo a falecer dias após o fato.

O prazo prescricional terá seu início na data em que se der o falecimento da vítima, e não na data da ação.

Quanto ao crime tentado – aquele cuja consumação não é alcançada por circunstâncias alheias à vontade do agente – segue a regra do inciso II do artigo 111 do Código Penal, pela qual a contagem da prescrição inicia-se com a cessação da atividade criminosa.

Assim, retomando o exemplo anterior, no qual o agente desfere tiros na vítima, mas essa é socorrida e se recupera das lesões. Nessa situação, configurado estará o delito de homicídio na forma tentada.

Em consequência, o prazo prescricional contar-se-á a partir do momento em que foi desferido o último tiro em direção à vítima.

O artigo 111 trata, ainda, de mais três regras.

A disposta no inciso III diz respeito ao crime permanente – aquele cuja consumação se protrai no tempo, que tem como exemplo clássico o delito de extorsão mediante sequestro, onde o crime perdura enquanto persistir a constrição da vítima.

A contagem da prescrição, nessa situação, inicia-se com a cessação da permanência, de modo que, no caso do delito citado, ela somente terá início no momento em que a vítima retomar a sua liberdade.

Há que se ressaltar, neste aspecto que, caso haja alteração da lei penal, agravando a pena do delito, por exemplo, e essa lei entrar em vigor no curso da permanência delitiva, aplicar-se-á essa alteração ao delito em curso, podendo, inclusive, agravar-se o prazo prescricional.

> Quanto ao crime permanente, em que a consumação se prolonga no tempo, dependente da vontade do agente, se iniciado na vigência de uma lei, sua permanência se prolonga já no império de outra, rege-se por esta, ainda que mais severa, pois presente está a vontade do delinquente de infringi-la.[38]

Referido entendimento encontra-se sedimentado na jurisprudência pela Súmula 711 do Supremo Tribunal Federal[39].

A regra estabelecida no inciso IV do artigo 111 refere-se aos delitos de bigamia e falsificação ou alteração de assentamento de registro civil, nos quais o curso do prazo prescricional tem como termo *a quo* a data em que os fatos tornam-se conhecidos.

O "tornar-se conhecido" estabelecido no dispositivo não é por qualquer pessoa, mas sim de alguma autoridade responsável pela apuração do delito.

"...nesses delitos, a prescrição corre da data em que o fato se tornou conhecido da autoridade competente para apurar e punir o infrator"[40]

> Assim, o termo inicial não se fixa na data do matrimônio incriminado, na bigamia, nem na data da falsificação ou alteração, mas sim naquela em que a autoridade pública toma ciência do fato (Juiz de Direito, Promotor de Justiça, Delegado de Polícia etc.). Justifica-se o princípio. São crimes em que o sujeito cerca-se de cuidados para encobrir a sua ocorrência. Se a prescrição tivesse curso a partir da sua consumação, a maioria de seus autores ficaria impune. Não se exige que o prazo tenha início no dia em que formalmente a autoridade pública teve conhecimento do fato delituoso, como, v.g., por intermédio de notitia criminis direta. É suficiente o conhecimento presumido do fato por parte da autoridade com fundamento em sua notoriedade ou no uso ostensivo do documento falso.[41]

Por fim, a recentíssima Lei nº 12.650, publicada em 18.05.2012, criou um novo termo *a quo* de contagem do prazo prescricional para os crimes contra a dignidade sexual que tenham como vítimas crianças ou adolescentes.

Referida lei inseriu no artigo 111 do Código Penal um inciso V com o

---

[38] NORONHA. E. Magalhães. Ob. cit., p. 82.
[39] Súmula 711: A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.
[40] NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. Ed. RT, 4ª ed., 2003, p. 384.
[41] JESUS. Damásio E. de. Prescrição Penal, 19ª ed., Ed. Saraiva, 2010, p. 69-70.

seguinte teor:

> V - nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.

Portanto, o início da contagem do prazo prescricional em relação aos crimes que a novel lei menciona dar-se-á na data em que a vítima atingir à maioridade.

É certo que esta contagem pode iniciar-se antes da vítima completar os 18 anos, quando houver a instauração da ação penal previamente a esta data, sendo salutar essa previsão legal, pois se evita criar a situação de curso de uma ação penal sem o correspondente curso do prazo prescricional, uma vez que não se trata de hipótese de imprescritibilidade.

Com efeito, trata-se de típico caso de *lex gravior* e, portanto, somente será aplicada aos delitos praticados após a sua vigência – que se deu com a sua publicação – não retroagindo para alcançar fatos anteriores, por imperativo constitucional (artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal).

A alteração legislativa em comento decorreu de proposta formulada pela CPI da Pedofilia e demonstra a preocupação do legislador com crimes contra a dignidade sexual envolvendo crianças e adolescentes.

Visa garantir efetiva apuração desses delitos, que muitas vezes são praticados dentro da própria residência da criança ou adolescente, por pessoas de seu convívio familiar e, por isso, não raras vezes, não chegam ao conhecimento das autoridades responsáveis pela investigação e julgamento.

Com isso, garante-se à vítima a possibilidade de levar às autoridades o conhecimento de fatos delitivos dessa natureza, presumindo-se que, com o alcance da maioridade ela reúna personalidade suficiente para buscar a punição do infrator.

Essas são as hipóteses que fixam o início do cômputo do prazo prescricional, o qual sofre, ainda, a incidência de causas impeditiva, suspensiva e interruptiva.

A causa impeditiva inviabiliza que o curso prescricional se inicie. A suspensiva recai após o início do curso do prazo prescricional, criando uma lacuna, de modo que ao voltar a ter curso, a prescrição fluirá pelo prazo restante, descontando o que já se consumou antes de sua suspensão.

Por fim, as causas interruptivas cessam o prazo em curso que voltará a ser contabilizado integralmente.

3.1.1.1 Causas impeditivas e suspensivas no Código Penal

Segundo Ferrari[42]:

> Suspensão prescricional significa sustação da perda do poder-dever do Estado em punir em face do decurso do tempo. O Estado, diante de certos acontecimentos, fica impossibilitado de exercer o *ius persequendi* e, em razão desses obstáculos, imperiosa será a alteração do prazo normal, restando obstado o desenvolvimento. Consequência direta da presença dos obstáculos será a dilatação do prazo prescricional, com parada momentânea das ações, a indicar um hiato dos prazos prescricionais e, portanto, necessária sua alteração.

Cumpre tão-somente acrescer à clara exposição do citado doutrinador, que a causa pode operar antes de iniciar-se o curso do prazo prescricional, daí falarmos em causa impeditiva, de modo a distingui-la da suspensiva.

A razão da existência de causas dessa natureza está ligada ao fato de que nessas situações o Estado está impedido de exercer regularmente o direito decorrente do *jus puniendi*, de modo que o não curso do prazo prescricional torna-se corolário lógico desse impedimento, sob a consequência de ser verificada uma situação desarrazoada – impossibilidade de perquirir a punição do agente e, em contrapartida, ter contra si o curso da prescrição.

O Código Penal, sob a rubrica “Causas impeditivas da prescrição” fixa as situações que inviabilizam o curso do prazo prescricional.

A primeira delas está relacionada à pendência de resolução, em outro processo, de questão que dependa o reconhecimento da existência do crime.

Logo de início, deve ser feita a distinção entre causas prejudiciais

[42] Ob. cit., p. 42.

obrigatórias e facultativas.

Aqui, faz-se necessário um diálogo entre o Código Penal e o Código de Processo Penal.

É que o estatuto processual trata das questões prejudiciais em seus artigos 92 e 93.

O primeiro dispositivo estabelece a suspensão obrigatória dos processos penais quando “a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas”.

Em regra, o juiz criminal possui competência para dirimir qualquer questão prejudicial a ele apresentada no curso de uma ação.

Contudo, a lei processual fixa uma exceção, retirando do juiz criminal a análise de questões relacionadas ao estado civil das pessoas, que influirão na caracterização ou não do delito, exigindo, inclusive, decisão definitiva – transitada em julgado.

Por consequência, a prescrição, nesta hipótese, sofrerá a incidência do disposto no artigo 116, inc. I, do Código Penal, que impede o curso do prazo prescricional, até a necessária decisão definitiva.

O artigo 93 do Código de Processo Penal, por sua vez, estabelece hipótese facultativa da suspensão da ação penal, consistente na pendência de decisão do juízo cível sobre fato diverso ao estado civil das pessoas, mas que influirá no reconhecimento da ocorrência ou não do delito.

Aqui, há necessidade de concorrência dos seguintes requisitos:

a) questão, diversa ao estado civil das pessoas, a ser dirimida pelo juízo cível;

b) existência de ação civil em curso;

c) a questão seja de difícil solução e não verse sobre direito que a lei civil limite a prova.

Reunidos todos esses requisitos, poderá o juiz criminal decidir pela suspensão da ação penal até a prolação de decisão pelo juízo cível.

Optando pela suspensão, o juiz criminal estabelecerá o prazo de paralisação da ação penal, o qual poderá ser prorrogado.

Porém, exaurido o prazo de suspensão sem que haja a decisão do juízo cível, a questão é devolvida ao juízo criminal que dela decidirá, prosseguindo-se a ação penal.

Pois bem, como consequência da suspensão da ação, o prazo prescricional automaticamente será obstado[43], voltando ao seu curso com a retomada da ação penal, decidida ou não a questão prejudicial pelo juízo cível.

Saindo do Código Penal, encontramos na legislação pátria outras causas suspensivas da prescrição.

3.1.1.2 Causas suspensivas não previstas no Código Penal

3.1.1.2.1 Lei nº 9.099/95

A Lei nº 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, instituiu o benefício da suspensão condicional do processo em seu artigo 89.

Trata-se de uma alternativa à jurisdição penal, um instituto de despenalização: sem que haja exclusão do caráter ilícito do fato, o legislador procura evitar a aplicação de pena[44].

Referido benefício consiste na suspensão condicional do processo pelo prazo de dois a quatro anos quando o crime praticado cominar pena mínima não superior a um ano, desde que o acusado preencha os requisitos subjetivos, dentre os quais bons antecedentes, associado ao atendimento dos requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (artigo 77 do Código Penal).

Cabível a proposta e sendo esta aceita pelo acusado, o processo penal permanecerá suspenso, até o cumprimento das condições que forem fixadas.

---

[43] PORTO, Antonio Rodrigues. Ob. cit., p. 75.
[44] JESUS, Damásio E. Lei dos Juizados Especiais criminais anotada. Ed. Saraiva, 4ª ed., 1997, p. 108.

Como consectário da suspensão do processo, o mesmo artigo 89 estabelece em seu § 6º a paralisação do curso prescricional, enquanto perdurar o benefício.

Nesse contexto, duas situações podem ser vislumbradas:

a) o acusado aceita a proposta de suspensão, o prazo prescricional também é suspenso e, uma vez cumpridas as condições do benefício, a punibilidade será extinta, não havendo mais que se falar em prescrição;

b) o acusado aceita a proposta, mas não a cumpre regularmente, acarretando a revogação do benefício, voltando a ter curso a ação penal e o prazo prescricional, que em seu cálculo terá descontado o período em que o processo permaneceu suspenso.

3.1.1.2.2 O artigo 366 do Código de Processo Penal

Outra disposição legislativa suspensiva da prescrição e estranha ao estatuto penal é encontrada no artigo 366 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 9.271/96.

Referido dispositivo criou a regra da suspensão do processo e do curso do prazo prescricional nas hipóteses em que o acusado, citado por edital, não comparece, tampouco constitui defensor para representá-lo na ação penal.

> Atentando para os graves efeitos decorrentes da citação ficta, a Lei n. 9.271, de 17 de abril de 1996, reformulou completamente a regulamentação da citação por edital ao prever, alterando a redação do art. 366, a suspensão do processo, com a correspondente suspensão do curso do prazo prescricional, sempre que o acusado, citado por edital, não comparecer ao interrogatório e nem constituir advogado para a defesa de seus interesses.[45]

A adoção dessa medida pelo legislador teve por objetivo precípuo garantir mandamentos constitucionais, dentre os quais o contraditório e a ampla defesa.

> O legislador, visando reforçar as garantias do contraditório e da ampla defesa, estabeleceu a necessidade de que o acusado tivesse amplo conhecimento da acusação formulada pelo acusador, permitindo-lhe não só a ciência da acusação, mas

[45] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. Del Rey, 3ª ed., 2004, p. 581.

> também a possibilidade de efetivamente participar do eventual processo de execução.[46]

Todavia, referida alteração legislativa não impôs limite à suspensão da prescrição, de modo que as majoritárias doutrina e jurisprudência entenderam tratar-se de inconstitucional hipótese de imprescritibilidade, pois a Constituição Federal, de forma taxativa, estabelece as hipóteses em que não se verificará a prescrição[47].

Pois bem, a partir desse entendimento foram buscadas regras de compatibilização entre a suspensão da prescrição e a não configuração de imprescritibilidade, a partir do estabelecimento de limites para a suspensão do curso prescricional.

Podem ser destacadas cinco teses desenvolvidas pela doutrina e jurisprudência.

A primeira afirma que a suspensão da prescrição perduraria pelo tempo correspondente à pena mínima cominada ao delito.

Uma segunda corrente toma como limite de suspensão o período correspondente à pena máxima cominada ao delito.

A terceira tese sustenta que a permanência da suspensão corresponderia ao prazo prescricional, estabelecido no artigo 109 do Código Penal, calculado com base na pena mínima abstratamente cominada ao delito.

Inversamente, a quarta defende que a suspensão deveria tomar sim o prazo prescricional, mas com fundamento na pena máxima abstratamente cominada[48].

Por fim, como quinta e última regra, sustenta-se que o prazo de suspensão seria de vinte anos, aplicando-se o maior prazo prescricional estabelecido no artigo 109 do Código Penal.

O Superior Tribunal de Justiça, com o fim de pacificar a questão editou a

---

[46] FERRARI. Eduardo Reale. Ob. cit., p. 114.
[47] JESUS, Damásio E. Prescrição Penal, p. 90.
[48] Adotada por Damásio de Jesus. Prescrição Penal, p. 90.

Súmula 415: “O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada.”

A literalidade da leitura do enunciado levaria à conclusão de que teria sido adotada a tese de que o prazo de suspensão da prescrição corresponderia à pena máxima abstratamente cominada ao delito.

Porém, analisando o conteúdo dos precedentes que levaram à edição do verbete (AgRg no Ag 514205 RS, HC 31801 SP, HC 34345 SP, HC 48732 DF, HC 84982 SP e REsp 220230 SP), constata-se que, em verdade, a tese adotada é a que determina a suspensão do curso prescricional pelo tempo correspondente ao prazo prescricional estabelecido no artigo 109 do Código Penal, com fulcro na pena máxima abstratamente cominada ao delito.

Assim, determinada a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional com fundamento no artigo 366 do Código de Processo Penal, ela perdurará até que haja a localização ou comparecimento pessoal do acusado ou por intermédio de procurador, ou então, haja o decurso de tempo correspondente ao prazo prescricional nos termos da regra estabelecida no artigo 109 do Código Penal.

É entendimento majoritário de que somente volta a ter curso o prazo prescricional, permanecendo a suspensão quanto ao curso do processo.

“...Após o decurso desse período, o processo continua suspenso, mas a prescrição voltará a correr.”[49]

Todavia, em que pesem os respeitáveis argumentos sustentando essa cisão, com ela não concordamos.

Argumenta-se que o objetivo da regra do artigo 366 do Código de Processo Penal é conferir efetividade a princípios constitucionais – contraditório, ampla defesa, devido processo legal – e que a suspensão indefinida da prescrição atentaria contra a Constituição, por criar hipótese de imprescritibilidade não prevista no texto magno.

[49] CAPEZ. Fernando. Ob. cit., p. 633.

Consequentemente, o estabelecimento de limite para a suspensão da prescrição afastaria a inconstitucionalidade, enquanto que a permanência da suspensão do processo preservaria os princípios constitucionais mencionados.

No direito penal encontra-se em jogo o interesse coletivo em ver a preservação da ordem pública, enquanto que ao acusado deve ser garantido o amplo exercício de defesa.

O Estado, como titular do *jus puniendi* deve exercê-lo de forma efetiva, visando à pacificação da sociedade e a manutenção da ordem social.

Assim, ao estabelecer a regra de andamento do prazo prescricional e, ao mesmo tempo, impedir o seguimento do processo, cria-se uma situação desproporcional e injusta, pois o Estado exerceu o seu dever de promover a ação penal, não podendo ser-lhe atribuída a pecha da inércia, o que justificaria a prescrição. Por outro lado, por circunstâncias alheias a sua vontade, vê-se impedido de prosseguir no exercício de seu dever e, em contrapartida, tem contra si o curso do prazo prescricional.

Não se pode analisar a questão com os olhos voltados exclusivamente para a situação do acusado, preservando os seus direitos constitucionalmente consagrados, mas também, deve-se atentar ao interesse social inserido em todo processo penal, sob pena de incorrer em proteção deficiente.

Existe aqui um conflito de interesses constitucionalmente consagrados – o direito individual de todo acusado ao devido processo legal e o dever do Estado de promover o bem de todos e construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Quando da edição da Lei n. 9.271/96, inserindo a regra da suspensão no artigo 366 do estatuto processual, muito se discutiu acerca de sua aplicação retroativa.

Por tratar-se de norma de conteúdo misto, processual – suspensão do processo – e direito material penal – prescrição –, sedimentou-se o entendimento da irretroatividade integral, uma vez que o conteúdo de direito material constitui

regra de maior gravidade para o acusado, pois é suspensa a prescrição[50].

> Já sob outra perspectiva, e sob o fundamento de que a suspensão de prazo de prescrição envolve matéria de Direito Material (Direito Penal, pois), entende o Supremo Tribunal Federal – e não se encontra qualquer divergência significativa na doutrina e jurisprudência – que a nova regra do art. 366 somente poderá ser aplicada aos fatos praticados após a vigência da Lei n. 9.271/96, em razão da alteração, prejudicial segundo aquela Corte, trazida com a suspensão do prazo prescricional.[51]

Ora, se a norma não pode ser cindida para retroagir, do mesmo modo, não pode ser para, posteriormente, permitir o curso da prescrição e impedir o andamento do processo.

Eugênio Pacelli de Oliveira[52], apesar de considerar que a prescrição não pode perdurar indefinidamente, sustenta que:

> A suspensão do prazo prescricional, que, a nosso aviso, sequer necessita ser declarada pelo juiz, porque decorrente de lei expressa, é consequência natural da suspensão do processo, e somente em razão desta é que se justifica. Ora, se a prescrição penal tem em linha de consideração o controle das atividades persecutórias penais, uma vez que esteja impedido o Estado de promover a ação penal, não se pode mesmo adotar outra solução que não a suspensão do prazo prescricional.

Por outro lado, não se pode atribuir à regra a pecha de causa de imprescritibilidade infraconstitucional.

É que a imprescritibilidade é um fenômeno *ab initio*, ou seja, está presente desde a ocorrência do crime, nas hipóteses em que incide.

Na norma em comento há curso do prazo prescricional, que é suspenso em razão das circunstâncias estabelecidas em lei.

Fernando da Costa Tourinho Filho[53], em que pese concluir contrariamente à suspensão da prescrição por prazo indeterminado, afirma:

> Contudo, sem embargo de entendimento contrário (RT, 733/600), essa suspensão do curso da prescrição por prazo indeterminado, melhor refletindo, não implica, à semelhança daquelas hipóteses tratadas na Lei Maior, *imprescritibilidade de conduta.* Os crimes a que se refere a Constituição Federal, naqueles incisos do art. 5°, sim, são imprescritíveis.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de apreciar a questão e afirmou não se tratar de hipótese de imprescritibilidade:

---

[50] FERRARI, Eduardo Reale. Ob. cit., p. 120.
[51] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Ob. cit., p. 584.
[52] Ob. cit., p. 583.
[53] Código de Processo Penal Comentado, Ed. Saraiva, 4ª ed., 1999, p. 602.

> ...Conforme asseverei naquele julgamento, não há falar que a suspensão não poderia ter prazo indeterminado, sob o fundamento de que a Constituição Federal somente admite a imprescritibilidade quanto aos crimes de racismo (CF, art. 5°, XLII) e de ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (CF, art. 5°, XLIV).
> Em primeiro lugar, porque a indeterminação do prazo da suspensão não constitui, a rigor, hipótese de imprescritibilidade.
> A suspensão, com efeito não impede a retomada do curso da prescrição, apenas a condiciona a um evento futuro e incerto, situação substancialmente diversa da imprescritibilidade.[54]

É dever do legislador promover a proteção do acusado, mas, em contrapartida, não pode ser subtraída do Estado a obrigação de exercer o *jus puniendi*. E é isso que a tese ora criticada propõe.

Ao nosso sentir, se ao acusado é garantido o direito de não ter curso o processo, deve ele suportar o ônus de que, independentemente do tempo em que for localizado e comparecer ao processo, terá que se submeter à ação penal.

Entendemos, assim, ser esse o melhor modo de compatibilizar os direitos em conflito: a) garante-se ao réu o direito de somente ser processado quando presente; b) preserva-se ao Estado o direito de exercer o *jus puniendi*, cuja intenção já foi manifestada no momento oportuno com o oferecimento da denúncia e a instauração da ação penal.

3.1.1.2.3 O artigo 368 do Código de Processo Penal

Como mais uma causa de suspensão da prescrição em norma exterior à codificação penal, encontramos o disposto no artigo 368 do Código de Processo Penal que determina a suspensão do curso prescricional quando o acusado encontrar-se no estrangeiro e for expedida carta rogatória para sua citação.

Nessa hipótese a prescrição fica suspensa até o cumprimento da carta rogatória.

A razão de ser da referida norma encontra-se no fato de que o cumprimento de cartas rogatórias demanda certo tempo para efetivar-se, em

[54] RExtr. 460.791, voto do rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13.02.2007.

função da grande quantidade de órgãos diplomáticos e judiciais envolvidos.

Por esse motivo tem sido constante os países firmarem acordos para, em substituição às cartas rogatórias, expedirem pedidos de auxílio direto em matéria penal, instrumento de tramitação mais simplificada e, por conseguinte, mais célere.

3.1.1.2.4 O crime tributário e a suspensão da prescrição

Com o intuito de fomentar a arrecadação tributária, o governo federal tem, nos últimos tempos, lançado programas de parcelamento de débitos tributários através da elaboração de leis, muitas vezes originadas de conversão de medidas provisórias.

Invariavelmente, em seu bojo, essas legislações veiculam matéria penal, relacionada aos delitos contra a ordem tributária, geralmente proporcionando benefícios a fim de aqueles que, processados por delito dessa natureza, sejam incentivados a aderir ao parcelamento.

A Lei n.° 9.964, de 10 de abril de 2000, instituiu o primeiro regime de parcelamento denominado REFIS – Programa de Recuperação Fiscal.

Àqueles que, processados criminalmente por delito contra a ordem tributária, aderissem ao parcelamento por essa lei instituído, tinham em seu favor o benefício da suspensão da pretensão punitiva e da prescrição, enquanto a pessoa jurídica ou pessoa física devedora permanecesse incluída no programa.

Tal benesse estava prevista no artigo 15 da Lei:

> Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.
> § 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.
> § 2º O disposto neste artigo aplica-se, também:
> I – a programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, que adotem, no que couber, normas estabelecidas nesta Lei;
> II – aos parcelamentos referidos nos arts. 12 e 13.

O parágrafo 2° conferiu extensão do benefício aos programas estaduais e municipais, não se limitando, portanto, aos tributos federais.

Ademais, para fazer jus ao benefício, a adesão ao programa deveria ocorrer antes do recebimento da denúncia.

Por fim, cumprido integralmente o parcelamento e adimplido o débito, restaria extinta a punibilidade pelo crime contra a ordem tributária.

A esta legislação, seguiram as Leis 10.684/2003 e 11.941/2009.

Ambas veicularam benefícios de mesma natureza, promovendo a suspensão da pretensão punitiva e, conseqüentemente, da prescrição aos aderentes dos programas de parcelamento.

A diferença substancial destas duas Leis em relação à primeira (Lei n° 9.964) diz respeito a ausência de limite temporal para obtenção do benefício penal.

Enquanto a Lei n° 9.984/2000 estabelecia que o benefício somente alcançava aqueles que aderissem ao parcelamento antes do recebimento da denúncia, as leis que se seguiram não trouxeram dispositivo de mesma natureza, de modo que, independentemente da fase processual, a ação penal e a prescrição seriam suspensas com a adesão ao programa de parcelamento.

Por sua vez, a jurisprudência conferiu extensão ao benefício da suspensão da pretensão punitiva e da prescrição a todas as espécies de parcelamento, e não somente àqueles instituídos por referidas leis:

> ...A norma agora vigente introduziu, pois, nova disciplina geral, para os efeitos do pagamento e do parcelamento na esfera de punibilidade dos crimes tributários (cf. HC n° 82.959).
> Isto quer dizer que essa nova disciplina, a do art. 9° da Lei n° 10.684/03, se aplica, indistinto, a todos os crimes tributários e a todas as formas de parcelamento, qualquer que seja o programa ou o regime que, instituído pelo Estado, sob este ou aquele nome, no exercício de sua competência tributária, possibilite o pagamento parcelado do débito tributário. Donde ser agora adiáforo tratar-se do *REFIS* ou doutro programa legal.
> E mais: para os efeitos penais do parcelamento tornou-se, ainda, irrelevante o que suceda ou tenha sucedido na esfera administrativo-tributária, bastando, para os fins do art. 9°, o fato em si da concessão do parcelamento, com abstração de quando e como o haja logrado o contribuinte.(...)
> (STF, HC 85.643, rel. Min. Cezar Peluso)

Mais recentemente, a Lei n° 12.382/2011 promoveu alteração no artigo 83 da Lei n° 9.430/96 e inseriu nos parágrafos 2°[55] e 3°[56] a suspensão da pretensão punitiva e da prescrição aos crimes contra a ordem tributária na hipótese de adesão a parcelamento.

Contudo, esta Lei estabeleceu que para ter direito ao benefício, a adesão deve ocorrer antes do recebimento da denúncia.

Muitas são as críticas que recaem sobre essas inserções legislativas, consubstanciadas no fato de que o crime tributário é utilizado para forçar o sonegador a recolher os tributos devidos, a partir da concessão de benesses.

Ademais, muitas vezes essas legislações originam-se de medidas provisórias e aqui paira a dúvida sobre a constitucionalidade da lei, uma vez que o artigo 62, § 1°, inciso I, b, da Constituição Federal, veda a edição de MP sobre direito penal.

3.1.1.3 Causas interruptivas

O curso prescricional sofre, também, a incidência de causas interruptivas.

A interrupção faz com que o prazo que estava em curso volte a ser contabilizado integralmente, a partir de seu início, desprezando-se o que até então decorreu.

> Diferente da suspensão do prazo prescricional, é a sua interrupção. Esta última, como diz Raimundo Macedo, tem por efeito deter o curso da prescrição, bem como "tornar inútil o lapso de tempo decorrido, começando daí novo curso, como se o crime tivesse sido praticado naquele dia".[57]

São causas taxativamente dispostas no Código Penal e constituem ação positiva do Estado, demonstradores do intuito de perseguir a punição do

---

[55] § 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, **desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal**.

[56] § 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

[57] MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal. Volume III, Ed. Millennium, 2002, p. 479.

infrator[58].

O artigo 117 do estatuto penal trata das referidas causas.

A primeira causa interruptiva ocorre com o recebimento da denúncia ou queixa.

Trata-se de ato judicial que admite a instauração da ação penal, pela qual é declarada a regularidade formal da denúncia ou queixa, bem como é reconhecida a presença da justa causa para a ação penal – prova da materialidade e indícios de autoria delitiva.

Há que se registrar, porém, que a interrupção ocorre com a publicação da decisão na Secretaria do Juízo[59].

Pode ser que a denúncia ou a queixa seja rejeitada pelo Juízo de primeiro grau e, interposto recurso em sentido estrito, seja provido pelo Tribunal, recebendo a denúncia.

Nessa hipótese, a interrupção da prescrição ocorrerá na data da sessão de julgamento do recurso[60], isso porque, "salvo quando nula a decisão de primeiro grau, o acórdão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela"[61].

No que concerne ao recebimento de aditamento à denúncia, duas hipóteses devem ser distinguidas.

Se no aditamento não for incluído fato novo, apenas corrigindo irregularidades, o seu recebimento não constituirá causa de interrupção da prescrição.

Por sua vez, se o aditamento veicular a inserção de fato delitivo novo, o recebimento constituirá causa de interrupção da prescrição, mas tão-somente quanto ao novo fato inserido na acusação, não interrompendo quanto ao fato originariamente descrito na denúncia inicialmente recebida.

---

[58] FERRARI. Eduardo Reale. Ob. cit., p. 123.
[59] JESUS, Damásio de. Prescrição penal, p. 95.
[60] BARROS, Flávio Monteiro de. Ob. cit., p. 616.
[61] Súmula 709 do Supremo Tribunal Federal.

A segunda causa de interrupção estabelecida no artigo 117 do Código Penal é a decisão de pronúncia.

Pronúncia é a decisão positiva que põe fim à primeira fase do procedimento do júri, pela qual o juiz afirma "a existência de provas no sentido da materialidade e da autoria"[62].

Publicada a decisão de pronúncia, instaurando-se a segunda fase do procedimento do júri, há a interrupção do prazo prescricional.

Do mesmo modo, a publicação aqui tratada é aquela que se dá na Secretaria do Juízo.

A terceira causa interruptiva ocorre com a publicação da decisão que confirma a decisão de pronúncia.

Por vezes, a decisão que pronuncia o acusado é atacada por recurso em sentido estrito[63]. Negando o tribunal provimento ao recurso, na data da sessão de julgamento ocorrerá nova interrupção da prescrição.

Como quarta hipótese de interrupção da prescrição da pretensão punitiva, temos a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis.

Publicada a sentença condenatória em primeiro grau de jurisdição, ocorrerá a interrupção da prescrição.

A sentença absolutória não produz o efeito interruptivo.

Interposto recurso de apelação contra a sentença de primeiro grau, proferindo o tribunal acórdão com conteúdo condenatório – mantendo a condenação de primeiro grau ou reformando sentença absolutória – a prescrição será interrompida.

Até a edição da Lei n° 11.596, de 29.11.2007, somente a sentença condenatória era considerada causa de interrupção da prescrição, o acórdão condenatório não.

Referida Lei inseriu nova causa de interrupção da prescrição, corrigindo

---

[62] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Ob. cit., p. 691.
[63] Artigo 581, inciso IV, do Código de Processo Penal.

uma antiga falha na legislação, pois o prazo prescricional era interrompido quando da prolação da sentença condenatória em primeiro grau e somente ocorreria nova interrupção com o trânsito em julgado da condenação, o que muitas vezes acontecia após vários anos, considerando a notória demora no julgamento do recurso de apelação, bem como nas situações de admissão e julgamento de recursos especial e extraordinário.

Não se pode olvidar, porém, da existência de entendimento de que a antiga redação do dispositivo em comento, ao utilizar o vocábulo "sentença" não se restringia ao ato decisório de natureza condenatória praticado pelo Juízo de primeiro grau, mas também aos acórdãos condenatórios recorríveis proferidos pelos Tribunais no exercício da competência originária ou recursal[64].

Nesse aspecto, concordamos com Guilherme de Souza Nucci[65] e Eduardo Reale Ferrari[66] que consideram o rol do artigo 117 exaustivo, não admitindo a interpretação ampliativa ou extensiva das disposições.

A situação mais se agravava quando a sentença de primeiro grau era absolutória e havia procedência do recurso de apelação, hipótese em que a prescrição era interrompida com o recebimento da denúncia e somente encontrava outra causa de interrupção com o trânsito em julgado da condenação, momento no qual se inicia a prescrição da pretensão executória.

Tal fato contribuía para a consumação da prescrição com maior frequência.

Por tratar-se de alteração legislativa que agrava a situação dos acusados, não retroage para alcançar delitos ocorridos anteriormente a 29.11.2007, por imperativo constitucional (artigo 5°, XL) e legal (parágrafo único, artigo 2°, do Código Penal, *a contrario sensu*).

---

[64] FAYET JÚNIOR, Ney (coord.). Prescrição penal, Temas Atuais e Controvertidos, Livraria do advogado, 2009, p. 28.
[65] Ob. cit., p. 389.
[66] Ob. cit., p. 130, nota de rodapé.

3.1.2 Prescrição retroativa

Com a prolação da sentença penal condenatória, a prescrição passa a ser calculada não mais com fundamento na pena em abstrato, mas na pena aplicada na sentença. É o que se denomina de pena em concreto.

Por conseguinte, toma-se por base a pena aplicada na sentença e o prazo prescricional será estabelecido de acordo com ela, de modo que um prazo prescricional que antes da prolação da sentença era apurado de acordo com o máximo da pena estabelecida no preceito secundário do tipo penal, poderá, em sendo aplicada a pena mínima, ser reduzido drasticamente.

Tomemos como exemplo o delito de peculato, tipificado no artigo 312 do Código Penal, cuja pena prevista é dois a doze anos de reclusão.

Até a prolação da sentença condenatória o prazo prescricional será de dezesseis anos (artigo 109, inciso II, do Código Penal).

Supunha-se a aplicação da pena mínima – dois anos. O prazo da prescrição será de quatro anos (artigo 109, inciso V, do estatuto penal), ou seja, será reduzido em três quartos.

Além da alteração do parâmetro do cálculo do prazo prescricional, o estabelecimento da pena na sentença penal condenatória acarreta o recálculo da prescrição em todos os intervalos de interrupção, ou seja, da consumação do delito ao recebimento da denúncia e deste até a publicação da sentença penal condenatória.

É a chamada prescrição retroativa.

> Assim, se entre a data da consumação do crime e a do recebimento da denúncia ou da queixa, ou se entre a data do recebimento da denúncia ou da queixa e a da publicação da sentença condenatória excede-se o lapso prescricional – aferido com base na pena *in concreto* -, aplica-se a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa.[67]
>
> Trata-se do cálculo prescricional que se faz de frente para trás, ou seja, proferida a sentença condenatória, com trânsito em julgado, a pena torna-se concreta. A partir daí, o juiz deve verificar se o prazo prescricional não ocorreu entre a data do fato e a

[67] MARQUES, José Frederico. Ob. cit., p. 738.

> do recebimento da denúncia ou entre esta e a sentença condenatória.[68]

Trata-se de construção genuinamente brasileira[69], não encontrando regramento similar em nenhuma legislação estrangeira.

Constitui uma subespécie da prescrição da pretensão punitiva.

Encontra previsão legal no artigo 110, § 1º do Código Penal.

Inicialmente, em sua redação original, o Código Penal de 1940 não contemplava expressamente a retroatividade da prescrição. Apenas dispunha que após o trânsito em julgado da sentença condenatória, a prescrição seria regulada pela pena imposta.

Era a redação do artigo 110, *caput:*

> Art. 110. A prescrição, depois de transitar em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena imposta e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

Previa, ainda, no parágrafo único a hipótese de recurso exclusivo da defesa:

> Prescrição, no caso de sentença condenatória, de que somente o réu tenha recorrido
> Parágrafo único. A prescrição, depois de sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos.

Surgiu, então, no Supremo Tribunal Federal intenso debate acerca da interpretação do dispositivo legal.

Inicialmente, admitiu-se a existência da prescrição retroativa.

Argumentou-se que o artigo 110 constituiria uma exceção ao artigo 109, e cuidava da prescrição do procedimento, de modo que, uma vez tornada definitiva a pena, ela retroagiria para beneficiar o réu[70].

Duas correntes surgiram no Supremo Tribunal Federal.

A primeira, capitaneada por Nelson Hungria era favorável à retroatividade da prescrição; enquanto que a segunda, encabeçada por Luiz Gallotti se opunha a tal entendimento.

---

[68] NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. cit., p. 383.
[69] JESUS, Damásio E. de. Prescrição Penal, p. 144.
[70] JESUS, Damásio E. de. Prescrição Penal, p. 138.

A corrente favorável manteve-se vencedora[71], sendo que em 1964 foi editada a Súmula 146, consagrando a prescrição retroativa, com o seguinte teor: "a prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação".

Apesar da edição da súmula, muitas discussões seguiram, resumida por Antonio Rodrigues Porto[72] na seguinte passagem:

> Três problemas despontaram, na aplicação da súmula 146: a) se havia necessidade de recurso do réu para sua aplicabilidade; b) se, havendo recurso da acusação já não seria aplicável a súmula; c) se a retroatividade da pena concretizada na sentença se estendia à fase anterior à denúncia. Após várias hesitações, o STF firmou jurisprudência no sentido de que a súmula só teria aplicação se houvesse recurso do réu, e que a existência de recurso da acusação só impediria tal aplicação se pleiteasse agravação da pena; outrossim, a retroatividade só alcançava a fase que vai da denúncia à sentença, sem aplicação ao período que antecede a denúncia. Por outro lado, inaplicável era a Súmula 146 nos casos de condenação imposta em 2ª instância, ao prover recurso da acusação contra sentença absolutória.

Em 1977, com a edição da Lei nº 6.416, de 25 de maio, conferiu-se nova redação ao artigo 110 do Código Penal, sendo renumerado o até então parágrafo único para parágrafo 1º, e acrescentado o parágrafo 2º, com a seguinte redação:

> § 2º A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, importa, tão-somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal, não podendo, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia.

Deu-se, assim, vigência legal à prescrição retroativa, que ficou limitada ao lapso temporal entre o recebimento da denúncia e a prolação da sentença penal condenatória.

Com a reforma da parte geral do Código Penal em 1984, o alcance da prescrição retroativa foi ampliado, permitindo que essa modalidade de prescrição incidisse em momento anterior ao recebimento da denúncia, ou seja, entre a consumação da prática delitiva e esse marco interruptivo do fluxo prescricional.

Possibilitou, também, fosse ela reconhecida ainda que houvesse recurso da acusação improvido.

A questão, porém, apesar da expressa disposição legal, sempre suscitou

---

[71] PORTO, Antonio Rodriges. Ob. cit., p. 51.
[72] Ob. cit., p. 51-52.

debates acerca da justiça de sua existência e da sua legitimidade em face do ordenamento, sendo reiteradas vezes tida como causa de impunidade.

Recentemente o Congresso Nacional promoveu nova alteração nas regras da prescrição retroativa, editando a Lei n° 12.234, de 05 de maio de 2010, pela qual foi revogado o parágrafo 2º do artigo 110 e conferida nova redação ao parágrafo 1º, impedindo, expressamente, que a prescrição retroativa tenha incidência em período anterior ao recebimento da denúncia.

> § 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

Desse modo, o quadro atual é o seguinte:

a) a prescrição retroativa é regulada pela pena aplicada na sentença condenatória transitada em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso;

b) a retroatividade não alcança período anterior ao recebimento da denúncia.

Há que se destacar que o recurso ministerial para evitar a imediata incidência da retroatividade deve visar a majoração da pena aplicada na sentença condenatória, caso contrário, imperioso será o reconhecimento da extinção da punibilidade.

3.1.2.1 Prescrição virtual

Em função da admissão da prescrição retroativa, surgiu a tese da prescrição virtual, também conhecida como prescrição em perspectiva, hipotética ou antecipada, por ser decretada com fundamento em uma previsão da pena que eventualmente será aplicada ao acusado no caso de condenação.

O juiz, ao tomar conhecimento de um processo faz uma análise dos antecedentes do acusado e demais circunstâncias relacionadas à aplicação da

pena, realizando um prognóstico do montante da sanção que será imposta se ao final do processo o pedido for julgado procedente.

Com base no resultado desse prognóstico, o juiz faz o cálculo da prescrição retroativa e, constatando que ela ocorrerá, extingue desde logo a punibilidade pela prescrição, impedindo o prosseguimento da ação penal.

"PPP antecipada, projetada, perspectiva ou virtual: reconhecida, antecipadamente, com base na provável pena fixada na futura condenação."[73]

O fundamento dessa tese está "na falta de interesse processual em dar prosseguimento a uma ação penal cuja prescrição é irremediável"[74].

> Os operadores do Direito – advogados, membros do Ministério Público e magistrados – que defendem a prescrição antecipada invocam como argumento a carência de ação por falta de interesse de agir. Se for constatado, no caso concreto, à vista das circunstâncias do fato e das condições pessoais do réu, especialmente sua primariedade e bons antecedentes, que a pena, no caso de condenação, seria atingida pela prescrição, segue-se que faltaria ao Estado o interesse de agir, porque de nenhuma utilidade o processo.
> Os defensores da prescrição antecipada também alegam, em favor do instituto, o dispêndio de tempo e o desgaste do prestígio da Justiça Pública, quando se antevê o reconhecimento da prescrição retroativa na eventualidade de futura condenação. Argumentam ainda que o reconhecimento antecipado da prescrição presta-se para livrar o réu da penalização pela morosidade da Justiça. Além disso, valem-se do princípio da instrumentalidade do processo para defender a prescrição antecipada.[75]

A tese, porém, não encontrou respaldo na maioria dos tribunais.

Constatam-se algumas poucas decisões isoladas admitindo a prescrição virtual.

A principal crítica que recai sobre a tese é que ao realizar um prognóstico sobre a pena, estaria o juiz incorrendo em um indevido pré-julgamento da ação[76], atentando, assim, contra o princípio constitucional da presunção de inocência.

Guilherme de Souza Nucci[77] sustenta que uma solução possível nessa situação seria o reconhecimento da falta de interesse de agir do órgão acusatório, arquivando-se os autos de inquérito policial, evitando-se, assim, o julgamento de

---

[73] CAPEZ, Fernando. Ob. cit., p, 575.
[74] BARROS, Flávio Monteiro de. Ob. cit., p. 623.
[75] JAWSNICHER, Francisco Afonso. Prescrição penal antecipada. Curitiba: Juruá, 2006, p. 82.
[76] NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. cit., p. 380.
[77] Ob. cit., p. 381.

extinção da punibilidade, não aceito pela jurisprudência.

Como forma de sedimentar a questão, o Superior Tribunal de Justiça editou, em 28.04.2010, a Súmula 438, com o seguinte teor: *É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.*

Buscou-se, desse modo, pacificar a discussão acerca da matéria.

Com a edição da já mencionada Lei nº 12.234/2010, que produziu alteração da redação do parágrafo primeiro do artigo 110 do Código Penal, impedindo que a prescrição retroativa tenha incidência entre a data do fato e a data de recebimento da denúncia, a tese da prescrição retroativa esvaziou-se definitivamente.

Isso porque, era ela, por aqueles que a admitiam, aplicada pelo Juízo de primeiro grau ao apreciar a denúncia oferecida pelo órgão acusatório, momento no qual era realizada a projeção da pena que, eventualmente, poderia ser aplicada no caso concreto, e verificava-se se, de acordo com essa pena, o prazo prescricional restava consumado, tomando como marcos o intervalo entre a data do delito e a de eventual recebimento da denúncia.

Agora, com a impossibilidade de incidir a prescrição retroativa nesse intervalo, a tese perdeu a sua razão.

3.1.3 Prescrição intercorrente, superveniente ou subsequente

Enquanto na prescrição retroativa, o cálculo é feito “olhando para trás”, na prescrição intercorrente “olha-se para frente”.

A prescrição intercorrente, também denominada de subsequente ou superveniente é aquela que, adotando a pena aplicada, é calculada entre os marcos interruptivos pós-sentença condenatória, ou seja, de sua publicação até a

eventual publicação de acórdão condenatório recorrível e deste até o trânsito em julgado da condenação.

Encontra seu fundamento legal, também, no artigo 110, § 1.º, do Código Penal.

Tem, assim, como termo inicial, a publicação da sentença penal condenatória, e possui como causa de interrupção a publicação do acórdão condenatório recorrível e como termo *ad quem* o trânsito em julgado da condenação, momento em que se inicia a prescrição da pretensão executória.

Havendo recurso da acusação visando à majoração da pena fixada na sentença, restará obstada a prescrição intercorrente, uma vez que em caso de provimento do recurso o prazo prescricional poderá ser alterado.

Indaga-se se o improvimento do recurso, mantendo-se a pena, ou, em caso de provimento, o aumento da pena não alterar o prazo prescricional, ou, ainda, se o objeto do recurso não visar o aumento de pena, são fatores que impedem o fluxo da prescrição.

A resposta inclina-se pela negação.

> Impõe-se a negativa, sob pena de incentivar-se o recurso protelatório. Deve ser preferida a interpretação mais benéfica ao réu, no sentido de que o provimento do recurso da acusação só impede a prescrição quando a agravação da pena for de tal molde a alterar o prazo prescricional. Da mesma forma, se o promotor conformar-se com a pena e apelar apenas para cassar o sursis, obtendo provimento, não há óbice em se analisar a prescrição superveniente.[78]

Não divergem dessa orientação Damásio de Jesus[79] e Guilherme de Souza Nucci[80].

Portanto, o estabelecimento da pena na sentença condenatória produz diversos efeitos relacionados à prescrição, daí a importância da correta aplicação das regras de dosimetria da pena, de acordo com os ditames legais.

3.2 Prescrição da pretensão executória

Superada a fase de conhecimento e ocorrendo o trânsito em julgado da

[78] BARROS, Flávio Monteiro de. Ob. cit., p. 621.
[79] Ob. cit., p. 60-61.
[80] Ob. cit., p. 382.

condenação tanto para a acusação como para a defesa, surge para o Estado a pretensão executória, abrindo-se a fase de execução da pena.

Do mesmo modo que a prescrição da pretensão punitiva, o dever estatal de executar a pena não perdura indefinidamente e deve respeitar os limites temporais estabelecidos em lei.

Assim, não sendo iniciada a execução dentro de certo lapso temporal, restará prescrita a pretensão executória.

"Com a prescrição da pretensão executória (ou da condenação), desaparece o direito de execução da sanção penal imposta."[81]

O prazo da prescrição executória observa o artigo 109 do Código Penal, porém, toma por base o montante da pena a executar, conforme determina o artigo 110, *caput*, do estatuto penal.

> O direito de punir do Estado, já agora dando origem a uma pretensão executório-penal, estará sujeito aos prazos prescricionais contidos nos seis itens do artigo 109 do Código Penal, contados tais prazos de acordo com a pena imposta na sentença condenatória.
> A pena em concreto vai servir de fundamento para o cálculo da prescrição que se inicia após passar em julgado a condenação. Seu efeito, portanto, é *ex nunc*, no que tange à execução (e *ex tunc* quanto ao direito de punir).[82]

O lapso prescricional, porém, sofre o acréscimo de um terço quando na condenação é reconhecida a reincidência.

Suponha-se uma pena privativa de liberdade a ser cumprida de um ano e nove meses de reclusão, em razão de uma condenação por crime de furto.

O prazo da prescrição da pretensão executória é de quatro anos.

Sendo, porém, reconhecida a reincidência do condenado, o prazo prescricional passará para cinco anos e quatro meses, uma vez que aquele prazo de quatro anos é majorado em um terço.

Portanto, a reincidência, além de produzir efeitos na dosimetria da pena, também provoca a majoração do prazo da prescrição da pretensão executória.

Por fim, cumpre registrar a questão relacionada à extinção dos efeitos da condenação.

---

[81] PRADO, Luiz Regis. Ob. cit., p. 735.
[82] MARQUES. José Frederico. Ob. cit., p. 475.

É que a prescrição da pretensão punitiva, em quaisquer de suas modalidades, afasta todos os efeitos penais da conduta delitiva, principais e secundários.

Já a prescrição da pretensão executória afasta tão-somente os efeitos principais da sanção penal, impedindo a execução das penas ou medida de segurança.

Contudo, permanecem incólumes os efeitos secundários da condenação, por exemplo, os previstos no artigo 91 do Código Penal.

3.2.1 Contagem do prazo

O artigo 112 do Código Penal traz dois incisos fixando os termos iniciais da contagem da prescrição da pretensão executória.

O inciso primeiro estabelece como marco inicial o “dia em que transita em julgado a sentença condenatória, **para a acusação**, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou livramento condicional”.

Propositadamente, destacamos o trecho “para a acusação” em função do problema que acarreta essa determinação.

Conforme expusemos no item anterior, a pretensão executória somente se inicia com o trânsito em julgado da sentença condenatória para ambas as partes, de modo que até esse momento, o Estado não possui o direito de promover a execução, ainda que não tenha a acusação interposto recurso contra a sentença.

Ocorre, porém, que, pelo estabelecido no inciso primeiro do artigo 112, transitada em julgado a sentença condenatória para a acusação, o prazo da prescrição da pretensão executória tem início.

Cria-se uma paradoxal situação: o Estado não pode executar a pena, mas a prescrição da pretensão executória tem seu curso iniciado.

Além disso, permite a concorrência de duas espécies de prescrição, a

intercorrente (que se refere à pretensão punitiva) e a executória.

> Dos termos da lei deflui que, condenado o réu, podem correr paralelamente dois prazos de prescrição: a prescrição da pretensão intercorrente (da pretensão punitiva), a contar da data da publicação da sentença (art. 110, § 1°); a prescrição da pretensão executória, a contar do trânsito em julgado para a acusação (art. 112, inc. I c.c. art. 110, *caput*).[83]

A situação mais se agrava uma vez que ao réu, a partir da sentença penal condenatória, abrem-se, teoricamente, várias oportunidades de recurso.

De início, pode o sentenciado manejar o recurso de apelação.

Após o julgamento da apelação, abre-se a via recursal extraordinária, permitindo a interposição dos recursos especial e extraordinário, sem contar a possibilidade de embargos declaratórios e *habeas corpus* (onde não raras vezes são concedidas liminares para suspender o curso de ações e julgamento de recursos).

Assim, eterniza-se a ocorrência do trânsito em julgado para ambas as partes, de modo que, quando se tornar possível à execução do julgado, se não estiver consumada a prescrição da pretensão punitiva intercorrente, o prazo prescricional da pretensão executória encontrar-se-á em vias de consumar-se.

> Suponha-se um réu condenado a três meses de detenção cuja sentença tenha transitado em julgado para a acusação no dia 3-2-1997. A defesa recorreu, mas o tribunal negou provimento ao seu apelo, tendo os autos transitado em 4-8-1998. Só a partir desta última data, trânsito em julgado para ambas as partes, a prescrição executória poderá ser analisada. Todavia, o termo inicial é o dia 3-2-1997, de modo que a prescrição ocorrerá às 24 horas do dia 2-2-1999.[84]

A impropriedade da regra já foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça (HC 137924/SP, RHC 22759/PR, RHC 22759/PR). Nessas oportunidades o C. Tribunal Superior afirmou que o marco inicial para cômputo da prescrição da pretensão executória é o trânsito em julgado para ambas as partes, pois é nesse momento que surge o título executivo, não sendo possível falar em prescrição executória antes desse momento, em função da impossibilidade de ser iniciada a execução.

Com esse entendimento, buscou-se afastar a desproporcionalidade da

---

[83] MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código Penal interpretado, Atlas, 3ª ed., 2003, p. 741.
[84] BARROS. Flávio Monteiro de. Ob. cit., p. 618.

regra legal que, por um lado, impede o início da execução e por outro, determina o curso da prescrição de um direito que ainda não existe.

Todavia, por contrariar disposição legal, o citado entendimento encontra resistências.

Damásio de Jesus[85], por exemplo, sustenta que a prescrição somente será contada do trânsito em julgado para a acusação se também não houver recurso da defesa, de modo a transitar em julgado para ambas as partes, fazendo surgir a pretensão executória.

Urge a necessidade da alteração da lei, de modo a estabelecer a concomitância do início do prazo prescricional com o surgimento do direito de executar a pena.

Outra causa inicial do fluxo prescricional da execução é a revogação da suspensão condicional da pena

Muitas vezes, ao fixar a pena na sentença condenatória o juiz, verificando o preenchimento dos requisitos do artigo 77 do Código Penal, concede ao sentenciado a suspensão condicional da pena – o denominado *sursis.*

> Consiste a suspensão condicional da pena, como instituto destinado a evitar os males e inconvenientes das penas curtas de prisão, na sobrestação do cumprimento da pena imposta na sentença condenatória, mediante certos pressupostos e condições.[86]

Assim, a pena não será executada mediante a privação da liberdade, mas sim de acordo com as condições impostas; portanto, tratando-se de execução, durante a vigência da suspensão o Estado encontra-se exercendo a pretensão executória.

Uma vez revogado o benefício, deverá ser executada a pena privativa de liberdade e, por conseguinte, inicia-se o fluxo do prazo da prescrição da pretensão executória, que é calculado com base na pena suspensa.

Por fim, o artigo 112, inciso I, fixa como marco inicial da prescrição da pretensão executória a revogação do livramento condicional.

---

[85] Prescrição Penal, p. 121.
[86] MARQUES, José Frederico. Ob. cit., p. 313.

Cumprido certo tempo da pena privativa de liberdade e reunindo o condenado as condições de caráter pessoal fixadas em lei, o juiz da execução concederá o livramento condicional.

> O livramento condicional consiste na liberação do condenado após o cumprimento de parte da sanção penal aplicada em estabelecimento penal, desde que cumpridamente observados os pressupostos que regem a sua concessão e sob certas condições previamente estipuladas.[87]

Descumpridas as condições e revogado o benefício, torna-se a ser executável a pena privativa de liberdade e, em função dessa situação, inicia-se o fluxo prescricional da pretensão executória.

Nessa última hipótese, nos termos do artigo 113 do Código Penal, o prazo prescricional será calculado com fundamento no *quantum* da pena que resta a cumprir, ou seja, é descontado o tempo cumprido anteriormente à concessão do livramento[88].

Em remate, cumpre esclarecer que para essas duas últimas hipóteses – revogação do *sursis* e do livramento condicional -, o prazo conta-se da data do trânsito em julgado das respectivas decisões[89].

O segundo inciso do artigo 112 do Código Penal fixa como marco inicial de contagem da prescrição executória a interrupção da execução, como é exemplo a fuga do condenado do local onde está cumprindo a pena.

Nessa hipótese a execução da pena é interrompida e tem início a prescrição, que durante o cumprimento da pena estava suspensa.

E o prazo regular-se-á pelo restante da pena a cumprir, descontando-se o montante já cumprido.

3.2.2 Suspensão da prescrição da pretensão executória

O Código Penal traz expressamente no parágrafo único do artigo 116 uma

---

[87] PRADO, Luiz Regis. Ob. cit., p. 660.
[88] Artigo 113: No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena
[89] MIRABETE. Julio Fabbrini. Ob. cit., p. 741.

causa de suspensão da prescrição executória, pela qual impede o seu fluxo enquanto o "condenado está preso por outro motivo".

E não importa o motivo dessa prisão, pois enquanto estiver vigente, a pena não pode ser executada.

Damásio de Jesus ressalva, porém, que essa causa não incide quando se tratar de prisão de natureza extrapenal[90].

3.2.3 Causas que interrompem a prescrição executória

O curso da prescrição da pretensão executória sofre, também, a incidência de causas interruptivas.

Elas estão dispostas nos incisos V e VI do artigo 117 do Código Penal.

O inciso V estabelece que o prazo é interrompido com o início ou continuação do cumprimento da pena.

Duas situações estão presentes.

A primeira diz respeito ao início do cumprimento da pena.

Transitada em julgado a condenação para ambas as partes, surge a pretensão executória e com ela o curso do prazo prescricional respectivo.

Assim, com o início da execução da pena, seja pelo recolhimento do condenado à prisão, seja pelo início do cumprimento das penas restritivas de direitos substitutivas às penas privativas de liberdade, o fluxo prescricional é interrompido.

Pode ocorrer, durante o curso da execução, a fuga do condenado, ou ainda, ser revogado o livramento condicional, sofrendo o cumprimento da pena solução de continuidade.

Nessa hipótese, como vimos anteriormente, há início do curso prescricional (artigo 112, incisos I e II, do Código Penal).

Com a recaptura do condenado, há a interrupção do prazo da prescrição da

[90] Prescrição Penal, p. 124.

pretensão executória.

Nessas duas situações – início da execução e continuação da execução – ao contrário do que ocorre na prescrição da pretensão punitiva, com a interrupção, não se inicia o curso prescricional, pois enquanto a pena está em execução o fluxo fica suspenso, voltando a ter curso se ocorrer interrupção do cumprimento da pena.

O inciso VI do artigo 117 do Código Penal fixa como causa de interrupção da prescrição executória a reincidência.

A reincidência é um instituto que confere maior reprovabilidade ao delinquente em razão de reiteração em conduta criminosa.

"A reincidência, enquanto circunstância agravante, influi na medida da culpabilidade, em razão da maior reprovabilidade pessoal da ação ou omissão típica e ilícita".[91]

Conforme já tivemos a oportunidade de assinalar, os efeitos da caracterização da reincidência não se resumem ao agravamento da pena (artigo 61, inciso I, do Código Penal). Altera, também, o prazo da prescrição da pretensão executória, majorando-a em um terço (artigo 110 do Código Penal).

Agora, mais um efeito extrai-se da reincidência: a interrupção da prescrição da pretensão executória.

A discussão que gira em torno dessa causa de interrupção é o momento em que será interrompido o fluxo prescricional, se na data do fato delitivo ou na data do trânsito em julgado da condenação pelo crime reincidente.

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli[92] sustentam que a interrupção ocorre na data do trânsito em julgado da segunda sentença condenatória, que reconhece a reincidência.

Mirabete, também adota esse posicionamento:

> Não basta, assim, nova condenação criminal se não estiver caracterizada a recidiva. Deve-se considerar como momento da interrupção a data do trânsito em julgado da

[91] PRADO, Luiz Regis. Ob. cit., p. 505
[92] Manual de Direito Penal Brasileiro, RT, 5ª Ed., 2004, p. 721.

> nova decisão condenatória e não a data do crime, já que somente a decisão pode comprovar a realidade da reincidência.[93]

Todavia, a doutrina inclina-se pelo reconhecimento da interrupção no momento do segundo crime.

Dentre aqueles que se alinham a esse segundo posicionamento podemos citar Magalhães Noronha[94], Damásio de Jesus[95] e Antonio Rodrigues Porto[96].

Com efeito, entendemos correta a segunda posição.

Pretendesse o legislador fixar a data do trânsito em julgado da condenação pelo segundo crime, teria feito expressamente, como fez com as hipóteses de início do prazo de prescrição consistentes no trânsito em julgado da decisão que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional (artigo 112, inciso I) e não da ocorrência das causas que levam à revogação dos benefícios.

Por outro lado, a reincidência caracteriza-se no momento da prática da nova infração penal, uma vez que o artigo 63 do Código Penal vale-se da expressão “comete novo crime”.

É certo que somente pela decisão condenatória do segundo crime é que a reincidência é reconhecida; porém, não altera o momento consumativo de sua caracterização.

Em conclusão, temos que registrar que as hipóteses de interrupção da prescrição da pretensão executória são personalíssimas, ou seja, só incidem sobre o condenado que incorrer nessas situações legais, não se transmitindo a co-autores e partícipes. É o que estabelece o § 1°, do artigo 117 do Código Penal.

3.3 Conclusão

A prescrição, como causa extintiva da punibilidade apresenta uma série de

---

[93] Ob. cit., p. 635.
[94] Ob. cit., p.370.
[95] Prescrição penal, p. 127.
[96] Ob. cit., p. 90.

regras que norteiam a sua incidência.

Assim, a lei deve ser o mais objetiva possível, evitando-se dúvidas na aplicação do instituto.

Isso porque, por ser um limitador do poder estatal de punir e, em contrapartida, uma espécie de benefício do infrator, as normas que a regulam devem transmitir segurança, o que muitas vezes não é verificado em determinadas situações.

Como exemplo de insegurança jurídica, podemos citar a hipótese do artigo 366 do Código de Processo Penal, tratada neste capítulo, que muitas discussões ainda gera, apesar da regra estar vigendo desde abril de 1996.

Outra situação que podemos mencionar diz respeito ao termo inicial da prescrição executória, estabelecida no artigo 112, inciso I, do Código Penal que, como foi exposto, gera uma hipótese de completa desproporcionalidade.

Portanto, cumpre ao legislador, ao elaborar norma relativa ao tema, atentar para as suas consequências, buscando evitar dubiedade na interpretação da lei.

4 Imprescritibilidade

A própria denominação demonstra que a imprescritibilidade é a contrariedade à prescrição, podendo ser ilustrada como a outra face da moeda da prescritibilidade.

O prefixo “im” acrescido ao termo funciona como elemento de negação.

Portanto, se a prescrição constitui uma causa de extinção da punibilidade, a imprescritibilidade configura hipótese de não admissão da perda do *jus puniendi* pelo decurso do tempo.

A imprescritibilidade encontra fundamentos de ordem processual e material.

Os fundamentos processuais decorrem da conveniência de não sujeitar a ação e a execução a limites temporais[97], enquanto que os fundamentos materiais encontram razão na necessidade de punição independentemente de prazo.

Os fundamentos materiais podem ser divididos em duas classes.

A primeira seria a total, pela qual a prescrição não é admitida em hipótese alguma.

A segunda seria a parcial, onde a prescrição é admitida em determinada perspectiva e não aceita em outra. Geralmente, adota critérios subjetivos (personalidade do agente) ou objetivos (espécie de delito) para admitir ou não a prescrição.

Em relação à parcialidade, Christiano Jorge Santos[98] cita exemplo da legislação alemã onde a imprescritibilidade é reconhecida para determinados delitos em relação à execução de condutas típicas puníveis com prisão perpétua, como é o caso do latrocínio.

A aceitação da imprescritibilidade encontra forte resistência na doutrina que a considera incompatível com direito penal moderno.

---

[97] TRIPPO, Mara Regina. Ob. cit., p. 57.
[98] Ob. cit., p. 82.

Christiano Jorge Santos[99] aponta que a Constituição de 1988 ao prever hipóteses de imprescritibilidade destoou da majoritária doutrina brasileira que defendia a prescritibilidade de todas as infrações penais.

São duas as hipóteses constitucionalmente estabelecidas de imprescritibilidade penal:

a) a prática do racismo;

b) a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado de Democrático.

4.1 Racismo

A Constituição Federal de 1988 elegeu a dignidade da pessoa humana como um de seus princípios fundamentais (artigo 1º, inciso III).

Além disso, dentre os seus objetivos, a carta constitucional estabeleceu a promoção do bem estar de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, inciso IV).

O texto constitucional assenta, ainda, que dentre os princípios regentes de suas relações internacionais está o repúdio ao racismo (artigo 4º, inciso VIII).

Vê-se, desse modo, que a carta constitucional conferiu elevada relevância ao combate ao racismo e todas as formas de discriminação, de modo que se mostra proporcional o estabelecimento da imprescritibilidade desta espécie delitiva.

Todavia, apesar de mais de duas décadas de vigência do texto constitucional, não há norma infraconstitucional definindo conduta delitiva sob a rubrica “racismo”.

A Lei nº 7.716, de 1989, que define os crimes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional é o diploma legal vigente que cuida atualmente do delito de racismo.

---

[99] Ob. cit., p. 84.

A questão suscitada é se o racismo, eleito como imprescritível pela Constituição, alcançaria as cinco modalidades de grupos dispostos na mencionada lei (raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional).

É que o vocábulo racismo é uma variação do termo raça, mas não encontra definição precisa e por vezes é associado a outros termos, como, por exemplo, etnia.

Ainda que a lógica leve a associação do termo racismo à raça, mesmo assim a solução não é tão tranquila.

Mara Regina Trippo[100], com clareza, trata da questão.

> Os parâmetros dessa tripartição podem ser a cor e marca. Nos Estados Unidos, as raças são dividas pela marca, quer dizer, pelo critério de ascendência: a pessoa é da raça negra desde que tenha 1/16 de sangue de indivíduo dessa cor. Essas discriminações baseadas no genótipo, são chamadas de discriminação (preconceito) de raça. Em contrapartida, no Brasil, a divisão mais difundida é pela cor, de modo que a dita raça negra é formada, quase que restritivamente, por pessoas consideradas de cor negra. As discriminações correlatas, assentadas no fenótipo, são conhecidas como discriminação (preconceito) de cor. O mesmo vale para raças branca e amarela.

Diante da complexidade do alcance do termo, duas correntes são encontradas na doutrina e jurisprudência.

A primeira, limitativa, confere amplitude restritiva ao racismo, de modo que dos crimes definidos na Lei nº 7.716/89 a imprescritibilidade alcançaria somente as discriminações ou preconceitos relacionados à raça, e a depender do caso concreto, abarcaria situações de discriminação por cor ou etnia.

A segunda corrente, por seu turno, confere ao termo amplo alcance, não se limitando a questões diretamente imbricadas à raça, mas também a situações de discriminação pertinente à religião.

É da essência desta corrente que o constituinte ao utilizar-se do termo racismo, o fez com o propósito de conferir ao legislador ordinário amplo espaço para a delimitação da matéria, permitindo, assim, o alcance de diversas situações, norteadas, contudo, pela ideia de que a orientação constitucional tem por finalidade preservar a igualdade entre grupos diversos.

---

[100] Ob. cit., p. 70.

Daí a possibilidade de emprego dos termos preconceito e discriminação, não constantes do termo constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, no conhecido caso Ellwanger (HC 82.424/RS), teve a oportunidade de cuidar da matéria e conferiu amplo espectro ao tipo penal, considerando que publicações de conteúdo antissemita fossem caracterizadoras do delito de racismo, fazendo incidir a imprescritibilidade constitucional.

Com efeito, diante da diversidade de raças e da miscigenação, o termo raça perdeu em muito da sua essência, de modo que perderia todo o sentido a limitação da norma penal ao âmbito da raça.

Nos dias atuais, as discriminações ganham novos contornos, de modo que a norma incriminadora deve atuar para proteger essas situações, evitando a segregação de grupos que se formam a partir de identidade de outros fatores, que não a raça, como por exemplo, a religião ou etnia.

4.2 Ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático

O mandamento constante do inciso XLIV da Carta Constitucional tem por fim precípuo a preservação do Estado Constitucional.

Em princípio, soa estranha a localização topográfica do dispositivo – situado no título Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Contudo, a razão está no fato de que a manutenção do ordenamento constitucional acarreta a preservação dos direitos fundamentais, o que justifica a inserção do mandado de criminalização dentre o elenco dos direitos individuais e coletivos.

Todavia, em que pese o transcurso de mais de duas décadas de vigência, a determinação constitucional não foi atendida pelo legislador ordinário.

Não há em nosso ordenamento a tipificação do crime em comento.

A Lei de Segurança Nacional – Lei nº 7.170/83 – elaborada antes do texto constitucional vigente, cuida da defesa do Estado e de suas instituições.

Porém, não tipifica o delito de ação de grupos tendentes à eliminação da ordem constitucional vigente. Criminaliza a associação ou grupamentos tendentes a alteração do regime democrático (artigos 16 e 24, por exemplo), que não atendem à determinação constitucional.

Além disso, a referida lei tipifica condutas tendentes à desestabilização do Estado democrático, como são exemplos os delitos dos artigos 17 e 18, mas não guardam relação direta como a determinação contida na carta constitucional.

É certo que o mandamento constitucional confere elevada abertura ao legislador infraconstitucional na definição do delito imprescritível; contudo, alguns requisitos mínimos estão estabelecidos, como por exemplo, a atuação de grupos, o que por si só, afasta a imprescritibilidade de qualquer tipificação que vise criminalizar conduta tendente à perturbação ou alteração do regime constitucional praticado por indivíduos que não estejam minimamente associados.

Assim, carece de concretização o mandamento constitucional, como inúmeras outras hipóteses do texto vigente desde 1988.

4.3 A possibilidade de criação de novas hipóteses de imprescritibilidade

O texto constitucional estabelece as duas hipóteses de imprescritibilidade supra referidas, nada mais tratando do assunto.

Surgem, então, indagações acerca da taxatividade das hipóteses, assim como questionamentos sobre a possibilidade de criação de novas causas de imprescritibilidade pelo legislador infraconstitucional.

O tema não é pacífico, existindo entendimentos dissonantes na doutrina.

Uma primeira corrente sustenta a impossibilidade de criação de novas

hipóteses de imprescritibilidade além daquelas dispostas na Constituição Federal.

A Constituição Federal ao elevar a República Federativa do Brasil à condição de Estado Democrático assumiu o compromisso de reconhecer direitos e garantias fundamentais aos seus cidadãos, estabelecendo um sistema jurídico que protege o indivíduo de investidas desmedidas do Estado, ao mesmo tempo em que impõe ao poder estatal deveres para assegurar a estabilidade da ordem constitucional.

Assim, o texto constitucional estabeleceu especial proteção às pessoas, dispondo de uma enorme gama de garantias individuais fundamentais.

O título II da Constituição, sob a rubrica “Dos direitos e garantias fundamentais” veicula a maior parte dessas garantias, sem que sejam excluídas outras, dispersas em todo o texto magno, conforme já assentou o Supremo Tribunal Federal[101]:

> A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição)

Dentre esses direitos e garantias encontramos no artigo 5° várias disposições relacionadas ao direito penal e processo penal, como são as vedações às penas de morte, perpétua, de trabalhos forçados, banimento e cruéis (inc. XLVII), proteção à integridade física e moral dos presos (inc. XLIX), presunção de inocência (inc. LVII), entre outras.

Há, também, hipóteses de inafiançabilidade e de insuscetibilidade de anistia ou graça (inc. XLIII), além das já mencionadas causas de imprescritibilidade.

Vê-se, portanto, a partir do sistema constitucional preconizado com a carta de 1988, que a atuação do Estado como agente responsável pela repressão

[101] ADI 939 / DF, Rel. Min. Sydney Sanches

de delitos encontra limites, não podendo ser exercida indiscriminadamente, afastando-se das balizas estabelecidas.

O legislador ordinário, por sua vez, no exercício de sua atividade legiferante deve elaborar normas que assegurem a existência de um direito penal efetivo, guiando-se pelas regras constitucionais, não podendo ultrapassar os limites estabelecidos, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade.

Nesse contexto, seriam as hipóteses de imprescritibilidade dispostas no texto constitucional as únicas admitidas no ordenamento, estando impedida a criação de novas situações.

> O conjunto desses argumentos torna pouco provável que uma lei descubra outras razões que o sobreponham, para impor a imprescritibilidade sem vício de inconstitucionalidade. A nosso modo de ver, as hipóteses de imprescritibilidade são aquelas previstas na Constituição; lei federal que instituísse outra seria inconstitucional.[102]

Haveria, portanto, um direito subjetivo à prescritibilidade em relação aos delitos diversos dos eleitos imprescritíveis pelo texto constitucional.

> A Constituição consagrou a regra da prescritibilidade como direito individual do agente. Assim, é direito público subjetivo de índole constitucional de todo acusado o direito à prescrição do crime ou contravenção penal praticada. Tal interpretação pode ser extraída do simples fato de o Texto Magno ter estabelecido expressamente quais são os casos excepcionais em que não ocorrerá a prescrição. Como se trata de direito individual, as hipóteses de imprescritibilidade não poderão ser ampliadas, nem mesmo por meio de emenda constitucional, por se tratar de cláusula pétrea (núcleo constitucional intangível), conforme se verifica da vedação material explícita ao poder de revisão, imposta pelo art. 60, § 4º, IV, da CF. Com efeito, não serão admitidas emendas constitucionais tendentes a restringir direitos individuais, dentre os quais o direito à prescrição penal.[103]

Em contrapartida, a segunda corrente não enxerga impedimento no texto constitucional para a criação de outras hipóteses de imprescritibilidade.

Afirma-se, de início, que a Constituição não explicita a prescritibilidade como direito individual, limitando-se a estabelecer duas regras de imprescritibilidade, o que não traduziria impossibilidade de criação de novas hipóteses[104].

Assevera, ademais, que o estabelecimento de uma hipótese não excluiria

---

[102] TRIPPO, Mara Regina. Ob. cit., p. 94.
[103] CAPEZ, Fernando. Ob. cit., p. 623.
[104] SANTOS, Christiano Jorge. Ob. cit., p. 96.

outras.

Argumenta que a ideia de inadmissão de novas hipóteses de imprescritibilidade funda-se numa leitura equivocada dos dispositivos constitucionais insertos nos incisos XLII e XLIV da Constituição Federal.

Nesse aspecto, afirma-se que ao estabelecer essas duas hipóteses o legislador constitucional conferiu especial proteção às vítimas desses delitos, criando um direito individual a essas e não uma garantia de prescritibilidade aos autores de delitos diversos.

Outro fator aplicado a esta segunda corrente, seria o fato de que o impedimento de criação de novas causas de não prescrição feriria o princípio da proibição da proteção deficiente – implícito no texto constitucional – mas de enorme relevância para a segurança do ordenamento jurídico e proteção das instituições.

Por consequência, restariam afetados os direitos humanos das vítimas, que também merecem especial atenção e devida proteção do ordenamento.

O Supremo Tribunal Federal, julgando pedido extradicional (Ext. 1042, rel. Min. Sepúlveda Pertence) reconheceu a possibilidade de criação de novas hipóteses de imprescritibilidade por lei ordinária:

> ... Ademais, a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária crie outras hipóteses.

Novamente, ao julgar o recurso extraordinário nº 460.971/RS, o Supremo Tribunal Federal reafirmou este posicionamento.

Ademais, a sustentar a tese de possibilidade de criação de novas hipóteses de imprescritibilidade, entra em campo a forte influência do direito internacional que, por intermédio dos tratados, insere no ordenamento interno diversas normas, dos mais variados conteúdos, decorrentes de compromissos firmados pelo Estado brasileiro perante Estados estrangeiros e organismos internacionais.

Esse direito internacional moderno busca cada vez mais unir as diversas nações em torno do combate à criminalidade e, por conseguinte, utiliza-se de

normas de elevado conteúdo rigoroso como, por exemplo, pena de morte, prisão perpétua, crimes imprescritíveis, etc.

A questão não está pacificada, apesar da forte inclinação pela impossibilidade do estabelecimento de novas hipóteses de imprescritibilidade, merecendo, contudo, um maior debate doutrinário.

4.4 Conclusão

A não incidência da prescrição leva à perpetuidade da possibilidade do exercício do *jus puniendi.*

Permite, assim, a punição do infrator a qualquer tempo de sua vida.

Em razão das consequências que proporciona, as hipóteses de imprescritibilidade devem ser definidas pelo legislador de forma criteriosa.

Entendemos ser possível a criação de novas causas de imprescritibilidade além daquelas previstas no texto constitucional.

Contudo, a fim de evitar a captura da regra de imprescritibilidade por interesses ilegítimos, ou mesmo por motivação política, a escolha das hipóteses deve ter razões concretas e fundadas em direitos constitucionalmente protegidos.

5 A Prescrição no mundo

5.1 Itália

A legislação italiana estabelece que os crimes apenados com prisão perpétua são imprescritíveis, nos termos da disposição contida no artigo 157 do Código Penal italiano.

Não existe mais no ordenamento italiano a pena de morte, abolida com a Constituição de 1947, que alterou os casos de pena de morte para prisão perpétua.

Há hipóteses nas quais os crimes tornam-se apenados com prisão perpétua em função da incidência de circunstâncias agravantes, sendo certo que a imprescritibilidade também alcança esses casos.

Até 2005 o Código Penal italiano estabelecia prazos prescricionais de acordo com o montante da pena máxima abstratamente estabelecida ao delito, do mesmo modo que o Código Penal brasileiro faz no artigo 109.

> a) In ordine al tempo necessário perché i verifichi la prescrizione, l'art. 157 c. p. dispone che questa per i delitti si compie in 20 anni, se per il reato la legge stabilisce la reclusione non inferiore a 24 anni; in 15 anni, se stabilisce la reclusione non inferiore a 10 anni; in 10 anni, se stabilisce la reclusione non inferiore a 5 anni; e in 5 anni, se stabilisce la reclusione inferiore a 5 anni o la pena dela multa. I delitti puniti con la pena dell'ergastolo sono imprescrttibili.[105]

Com a edição da Lei n° 251 de 05/12/2005, o regramento dos prazos prescricionais foi alterado.

O prazo de prescrição passou a corresponder ao tempo da pena máxima prevista ao delito, não podendo, contudo, ser inferior a seis anos para crime e quatro anos para contravenções.

Não são consideradas as circunstâncias agravantes ou atenuantes, à exceção do caso de incidência de agravante que acarreta numa pena de espécie

[105] ANTOLISEI. Francesco. Ob. cit., p. 765. a) A fim de verificar o tempo necessário para a prescrição, o art.157 c. p. prevê que, será em 20 anos, se para o crime a lei prevê pena de prisão não inferior a 24 anos; em 15 anos, quando estabelecida pena de prisão não inferior a 10 anos; em 10 anos, quando estabelecida pena de prisão não menor de 5 anos; e 5 anos, quando estabelecida pena com menos de 5 anos de prisão ou pena de multa. Os crimes puníveis com prisão perpétua são imprescritíveis (nossa tradução).

distinta, situação em que será computado o agravamento no cálculo prescricional.

O prazo prescricional da pretensão executória corresponderá ao dobro da pena imposta ao sentenciado, não podendo superar trinta anos, tampouco ser inferior a dez anos.

Por fim, há que se destacar que no regime italiano, é vedada a extinção da punibilidade pela prescrição aos reincidentes, criminosos habituais, profissionais:

> L'estinzione delle pene non ha luogo, se si tratta di recidivi, nei casi preveduti dai capoversi dell'articolo 99, o di delinquenti abituali, professionali o per tendenza; ovvero se Il condannato, durante il tempo necessario per l'estinzione della pena, riporta una condanna alla reclusione per un delitto della stessa indole.[106]

5.2 Alemanha

O direito penal alemão, após os horrores vivenciados durante a Segunda Guerra Mundial sofreu profundas mudanças, visando, inclusive, evitar a sua utilização como meio de perseguições, tal como ocorreu durante o regime nazista.

Em função dessa circunstância, viu-se a discussão acerca da natureza do instituto da prescrição, se de direito material ou processual.

> Antes das duas guerras mundiais, a doutrina e a jurisprudência viam a prescrição como instituto de direito material, ou seja, uma autêntica causa de anulação da pena, a ser reconhecida em face da dissipação da memória do fato pelo tempo. A partir de 1942, inverte-se a orientação e torna-se prevalecente a teoria que considera a prescrição um obstáculo processual. Mais adiante, ganha terreno a teoria mista, que concebe a prescrição como instituto material-processual.[107]

Atualmente, o Código Penal alemão estabelece a imprescritibilidade do crime de genocídio e do crime que no ordenamento brasileiro corresponde ao homicídio qualificado, aos quais prevê pena de prisão perpétua.

O homicídio simples não é imprescritível.

Os prazos prescricionais no direito penal alemão estão previstos no artigo

---

[106] Artigo 172 do Código Penal italiano. Disponível em: http://www.altalex.com/index.php?idnot=77 – acessado em 15.04.2012.
[107] TRIPPO, Mara Regina. Ob. cit., p. 123.

78 do Código Penal e são:

a) trinta anos para crimes apenados com prisão perpétua;

b) vinte anos para crimes apenados com pena superior a dez anos;

c) dez anos para crimes apenados com pena superior a cinco anos e não superior a dez;

d) cinco anos para crimes apenados com pena privativa de liberdade acima de um ano e não superior a cinco;

e) três anos para as demais infrações.

Já a pretensão executória tem seus prazos específicos de prescrição tratados no artigo 79.

Para o genocídio e demais crimes apenados com prisão perpétua, não se admite a prescrição da execução.

Os demais prescrevem em:

a) vinte e cinco anos para as penas superiores a dez anos de privação da liberdade;

b) vinte anos para penas maiores de cinco anos e não superiores a dez;

c) dez anos para penas acima de um ano e não superiores a cinco anos;

d) cinco anos para penas de até um ano de privação da liberdade e multa superiores a trinta unidades diárias;

e) três anos para multas inferiores a trinta unidades diárias.

No regime alemão, ao contrário do que ocorre no Brasil, os prazos prescricionais da pretensão executória são maiores que os prazos da pretensão punitiva.

5.3 França

O sistema penal francês estabelece a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade.

É o que dispõe o artigo 213-5 do Código Penal[108].

Já a prescritibilidade alcança os demais crimes, estabelecendo o Código Penal os seguintes prazos prescricionais:

a) vinte anos para os crimes;

b) cinco anos para os delitos;

c) dois anos para as contravenções.

Interessante regra relacionada à prescrição foi criada com a introdução no Código Penal de duas figuras típicas relacionadas ao crime de eugenia (tipificado no artigo 214-1[109]) e clonagem humana (tipificado no artigo 214-2[110]).

O artigo 215-4 estabeleceu o prazo prescricional de trinta anos para esses fatos típicos e, quanto ao crime de clonagem humana determinou o início do curso prescricional a partir da data em que a pessoa atingir a maioridade, na hipótese de nascimento da criança.

> Além disso, para o crime de clonagem reprodutiva nos termos do artigo 214-2, o prazo de prescrição para a ação pública começa a correr quando a clonagem levou ao nascimento de uma criança, a partir da maioridade dessa criança.[111]

5.4 Portugal

O Código Penal português estabelece os prazos prescricionais da pretensão punitiva no artigo 118, sob a denominação de prescrição do procedimento criminal, os quais variam da seguinte forma:

---

[108] Article 213-5: L'action publique relative aux crimes prévus par le présent sous-titre, ainsi que les peines prononcées, sont imprescriptibles. (disponível em http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719 – acesso em 11.04.2012)

[109] Article 214-1: Le fait de mettre en oeuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 Euros d'amende. (disponível em http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719 – acesso em 11.04.2012)

[110] Article 214-2: Le fait de procéder à une intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 Euros d'amende. (disponível em http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719 – acesso em 11.04.2012)

[111] No original: En outre, pour le crime de clonage reproductif prévu par l'article 214-2, le délai de prescription de l'action publique ne commence à courir, lorsque le clonage a conduit à la naissance d'un enfant, qu'à partir de la majorité de cet enfant. (tradução nossa) (disponível em http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719 – acesso em 11.04.2012)

a) quinze anos para crimes apenados com prisão superior a dez anos;

b) dez anos para crimes puníveis com pena de prisão igual ou superior a cinco anos limitada a dez anos;

c) cinco anos para crimes apenados com prisão igual ou superior a um ano não excedente a cinco anos;

d) dois anos, nos demais casos.

No cálculo do prazo não são levadas em consideração as circunstâncias agravantes e atenuantes.

Já a prescrição da pretensão executória segue a regra disposta no artigo 122 do Código Penal português[112]:

> 1 - As penas prescrevem nos prazos seguintes:
> a) 20 anos, se forem superiores a 10 anos de prisão;
> b) 15 anos, se forem iguais ou superiores a 5 anos de prisão;
> c) 10 anos, se forem iguais ou superiores a 2 anos de prisão;
> d) 4 anos, nos casos restantes.
> 2 - O prazo de prescrição começa a correr no dia em que transitar em julgado a decisão que tiver aplicado a pena.

Do mesmo modo que ocorre no ordenamento alemão e de modo diametralmente oposto ao direito penal brasileiro, há um recrudescimento dos prazos prescricionais da pretensão executória, quando comparados aos prazos de prescrição da pretensão punitiva.

No ordenamento português atualmente vigente, não existe hipótese de imprescritibilidade.

5.5 Espanha

A legislação penal espanhola prevê a prescrição da pretensão punitiva e também da pretensão executória.

À semelhança do regime brasileiro, o Código Penal espanhol fixa os prazos da prescrição da pretensão punitiva de acordo com o máximo da pena prevista ao delito.

---

[112] disponível em http://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/portugal.penal.95.pdf - acesso em 11.04.2012.

Assim:

a) para crimes apenados com prisão de quinze anos ou mais, o prazo prescricional será de vinte anos;

b) se a pena prevista for a de prisão por mais de dez anos e menos de quinze, a prescrição ocorrerá em quinze anos;

c) quando a pena máxima for maior de cinco anos e inferior a dez, o prazo prescricional será de dez anos.

Em seguida, o Código Penal apresenta mais três regras de prazos prescricionais, não levando em conta a quantidade da pena, mas sim a natureza do delito:

a) cinco anos para os delitos de natureza grave;

b) três anos para os delitos menos grave e;

c) um ano para os delitos de calúnia e injúria.

Por sua vez, a prescrição da pretensão executória ocorre em prazos distintos e variam de vinte e cinco anos para as penas iguais ou superiores a quinze anos, enquanto que o menor prazo é de um ano para as penas definidas como leves.

Apresenta o Código Penal espanhol uma hipótese de imprescritibilidade: o crime de genocídio[113].

5.6 Argentina

O Código Penal argentino confere prazos distintos para a prescrição da pretensão punitiva e para a prescrição da pretensão executória.

O artigo 62 do Código Penal[114] encarrega-se de fixar os prazos da prescrição da pretensão punitiva:

---

[113] Artículo 133 - 2. Las penas impuestas por delito de genocidio no prescribirán en ningún caso.

[114] Articulo 62 La acción penal se prescribirá durante el tiempo fijado a continuación: 1º. A los quince años, cuando se tratare de delitos cuya pena fuere la de reclusión o prisión perpetua; 2º. Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión,

a) quinze anos para crimes apenados com reclusão ou prisão perpétua;

b) pelo transcurso do máximo da pena prevista para os crimes apenados com reclusão ou prisão, sendo que não poderá superar doze anos, tampouco ser inferior a dois anos;

c) cinco anos para os crimes apenados com inabilitação perpétua;

d) um ano quando a pena prevista é de inabilitação temporal;

e) dois anos para os delitos apenados com multa.

A pretensão executória prescreverá em vinte anos para penas de reclusão e prisão perpétua; pelo tempo correspondente à pena aplicada, nas hipóteses de reclusão e prisão temporais; em dois anos a pena de multa.

É o que estabelece o artigo 65[115].

No Código Penal não está prevista qualquer hipótese de imprescritibilidade.

Christiano Jorge Santos[116] esclarece que há hipóteses de imprescritibilidade no ordenamento argentino, inseridas em função da adesão a tratados internacionais, os quais, nos termos do artigo 75 da Constituição Argentina, são recepcionados como normas constitucionais.

Ademais, a Constituição Argentina, em seu artigo 36[117], estabelece a imprescritibilidade da ação penal para o caso de usurpação de função pública prevista no texto constitucional.

---

no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de dos años; 3º. A los cinco años, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua; 4º. Al año, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal; 5º. A los dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa. (disponível em: http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#11 – acessado em 13.04.2012)

[115] Articulo 65. Las penas se prescriben en los términos siguientes: 1º. La de reclusión perpetua, a los veinte años; 2º. La de prisión perpetua, a los veinte años; 3º. La de reclusión o prisión temporal, en un tiempo igual al de la condena; 4º. La de multa, a los dos años. (disponível em: http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#11 – acessado em 13.04.2012)

[116] Ob. cit., p. 106.

[117] Artículo 36. Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. (...) Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. **Las acciones respectivas serán imprescriptibles**. (disponível em: http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm - acessado em: 13.04.2012)

O dispositivo em referência tem o propósito de preservar a ordem constitucional e o sistema democrático do país.

5.7 Paraguai

Os crimes de genocídio, tortura, desaparecimento forçado de pessoas, além do sequestro e homicídio por motivação política são imprescritíveis, por expressa disposição do texto constitucional paraguaio (artigo 5º).

O artigo 102 do Código Penal reafirma essa regra expressamente[118].

Os prazos prescricionais estão mencionados no artigo 102 do Código Penal e variam de quinze anos quando a pena prevista ao crime seja de quinze anos ou mais e três anos para crimes cuja pena seja de até três anos ou multa.

Para os demais crimes, a prescrição se dá no mesmo prazo da pena máxima estabelecida.

O artigo 104 do Código Penal estabelece diversas regras de interrupção do prazo prescricional. Em seu parágrafo segundo é estabelecida importante regra que determina a ocorrência da prescrição, independentemente das interrupções, caso transcorra o dobro do prazo de prescrição.

Não reconhece o Código Penal paraguaio a prescrição da pretensão executória. “O Paraguai só admite a prescrição da pretensão punitiva”[119].

5.8 Conclusão

As disposições dos textos estrangeiros citados no presente capítulo demonstram a importância do instituto da prescrição.

Ademais, é possível concluir que o regramento brasileiro diverge sobremaneira do direito estrangeiro ao estabelecer a retroatividade da prescrição,

[118] Artículo 102, 3º: Son imprescriptibles los hechos punibles, previstos en el artículo 5 de la Constitución. (disponível em: http://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-cp.pdf - acessado em 15.04.2012)
[119] JAWSNICKER, Francisco Afonso. Ob. cit., p. 77.

fundado na pena em concreto, o que, muitas vezes, reduz sensivelmente o prazo prescricional, enquanto que muitos dos ordenamentos promovem um recrudescimento da prescrição após a sentença condenatória, como são exemplos os ordenamentos italiano, alemão e português.

Conclusão

A prescrição penal, como causa extintiva da punibilidade, atua como limitador do poder estatal e, também, como garantia do cidadão.

Muitas são as ações penais extintas em função da ocorrência da prescrição.

Aqueles que atuam quotidianamente na área criminal constatam facilmente essa ocorrência.

Apesar de inúmeras tentativas para justificar a existência do instituto, nenhuma das teorias desenvolvidas pela doutrina explica a contento a prescrição.

O certo é que a existência ou não do instituto no ordenamento de um país decorre de opção legislativa, guiado por critérios de política criminal, sendo certo que a maioria dos países que garante direitos aos cidadãos prevê a prescrição.

Ao longo da história a prescrição se desenvolveu, acompanhando a evolução do direito e da sociedade.

No Brasil, a prescrição surgiu juntamente com as primeiras legislações penais editadas ainda na época do império.

Desenvolveu-se continuamente até alcançar o estágio atual.

Apesar da sua origem e de seu contínuo desenvolvimento, vários são os problemas que a legislação a respeito do tema ainda apresenta.

Conforme exposto no corpo do trabalho, a norma prevista no artigo 112, inciso I, do Código Penal é exemplo de dispositivo legal que proporciona várias discussões e carrega clara desproporcionalidade.

Porém, não são somente falhas legislativas que contribuem para a ocorrência de prescrição.

Vários são os fatores extralegais que convergem para que a punibilidade de muitos crimes seja extinta pela ocorrência da prescrição.

Inicialmente, a apuração de um delito encontra graves problemas na atividade policial, que sofre com a falta de estrutura de pessoal qualificado, instrumentos adequados para apuração das mais variadas espécies delitivas, a corrupção de agentes públicos, entre outros.

No Poder Judiciário, também são encontradas dificuldades na tramitação dos procedimentos investigatórios e ações penais como, por exemplo, a falta de pessoal qualificado, quantidade de magistrados insuficiente para atender adequadamente a demanda, além dos procedimentos processuais que muitas vezes dificultam a célere solução dos processos e permitem a utilização de recursos que retardam a conclusão de ações penais.

Daí as constantes discussões acerca de temas relacionados à prescrição, dentre os quais, aumento dos prazos prescricionais e extinção da prescrição em sua modalidade retroativa, bem como a criação de hipóteses de imprescritibilidade.

Recentes alterações legislativas buscaram conferir maior celeridade ao procedimento criminal, como é exemplo a Lei nº 11.719/2008 que buscou simplificar a instrução, permitindo a realização de uma única audiência onde são tomados os depoimentos das vítimas e testemunhas e o interrogatório do réu, além de possibilitar o julgamento no mesmo ato.

Do mesmo modo, a alteração promovida pela Lei n° 12.234, de 05.05.2010, que aumentou o prazo prescricional para delitos cuja pena máxima seja inferior a um ano e impediu a incidência da prescrição retroativa entre a consumação do delito e o recebimento da denúncia é outro exemplo da preocupação com o alto índice de ocorrência da prescrição.

A prescrição retroativa favorece em muito a extinção da punibilidade.

Conforme pudemos anotar no capítulo em que tratamos dessa modalidade prescricional, é ela uma regra exclusiva da legislação brasileira, não encontrando disposição similar em qualquer outro ordenamento.

Quando cuidamos do direito estrangeiro, pudemos constatar que, em grande parte dos ordenamentos, o prazo da prescrição após a sentença condenatória é superior ao prazo da prescrição abstrata, denotando a maior preocupação do legislador estrangeiro em evitar a consumação da prescrição quando já está confirmada a autoria delitiva e aplicada a sanção ao infrator da lei penal incriminadora.

No Brasil, diversamente, os prazos da prescrição em concreto são reduzidos quando comparados aos prazos da prescrição em abstrato, uma vez que diante do regramento legal atual, dificilmente um sentenciado será punido com a pena máxima abstratamente estabelecida.

Não cremos que a criação de hipóteses de imprescritibilidade contribua para a solução do problema, pois isso configuraria uma carta aberta ao Estado para exercer o *jus puniendi* quando lhe convir.

A adoção da imprescritibilidade de forma indiscriminada não caracteriza algo saudável para o ordenamento, pois conferiria aos poderes constituídos a possibilidade de utilizar-se do *jus puniendi* como modo de perseguição e para promoção de interesses ilegítimos.

As causas de não incidência de prescrição devem ser criteriosamente definidas pelo legislador, fundando-se em direitos constitucionalmente consagrados.

Das legislações estrangeiras citadas no capítulo 5 do presente trabalho, pode-se verificar que a adoção da imprescritibilidade é, em regra, aplicada para hipóteses de crimes contra a vida e contra a humanidade, como são exemplos as legislações alemã e francesa.

O momento para a discussão do tema revela-se adequado, uma vez que foi apresentado no Senado Federal o projeto do novo Código Penal – cujos excertos relacionados à prescrição estão apresentados como anexo ao presente trabalho – onde se espera que a questão seja devidamente enfrentada, afastando os graves problemas que o instituto hoje apresenta.

Um sistema penal adequado em um Estado Democrático de Direito não pode subsistir com a existência de meios que levam à sua ineficiência.

Deve-se assegurar a todos, indistintamente, o exercício dos direitos e garantias consagrados pela Constituição Federal, permitindo a todos os acusados o mais amplo direito de defesa.

Simultaneamente, o direito penal deve ser o mais efetivo possível, pois ele atua também como meio de pacificação social, conferindo à sociedade a necessária segurança para o alcance dos objetivos constitucionalmente previstos.

Portanto, não se pode permitir que a adoção de expedientes tendentes a retardar a solução de ações penais, muitas vezes infundados, mas invocados como meios para o exercício da ampla defesa, constitucionalmente assegurado, sejam utilizados com o único propósito de alcançar a prescrição.

Assim, juntamente com as garantias individuais constitucionais deve ser atentado para a proibição da proteção deficiente, que deve caminhar paralelamente, de modo a permitir a criação de um sistema equilibrado e eficaz.

E o instituto da prescrição não pode dissociar-se dessa orientação.

REFERÊNCIAS

ANTOLISEI. Francesco. *Manuale di diritto penale, Parte Generale*. 14ª ed., Milano – Dott. A. Giuffrè Editore, 1997.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal*, parte geral. Vol. 1, Ed. Saraiva, 3ª ed., 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: *parte geral*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FAYET JÚNIOR, Ney (coord.), BRACK, Karina (et. al.). *Prescrição penal, Temas Atuais e Controvertidos: doutrina e jurisprudência*, Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2009.

FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição da ação penal:* suas causas suspensivas e interruptivas. São Paulo: Saraiva, 1998.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Código de Processo Penal Comentado*, 4ª ed., São Paulo : Saraiva, 1999.

JAKOBS, Günther; Luiz Moreira, coordenador e supervisor; Gercélio Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho, tradutores. Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JAWSNICHER, Francisco Afonso. *Prescrição penal antecipada*. Curitiba: Juruá, 2006.

JESUS, Damásio E. de. *Prescrição Penal*. 19ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1998.

JESUS, Damásio E. de. *Lei dos Juizados Especiais criminais anotada*. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 1997.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Volume III, Campinas: Millennium, 2002.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código penal interpretado.* São Paulo: Atlas, 1999.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal.* São Paulo: Saraiva, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3ª ed. São Paulo : Del Rey, 2004.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro.* Volume 1: parte geral, 6º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PORTO, Antonio Rodrigues. *Da prescrição Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1983.

SANTOS, Christiano Jorge. *Prescrição Penal e Imprescritibilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SANTOS, Christiano Jorge. *Crimes de preconceito e de discriminação. Análise jurídico-penal da Lei n. 7.1716/89 e aspectos correlatos.* São Paulo: Max Limonad, 2001.

TRIPPO, Mara Regina. *Imprescritibilidade penal.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal:* parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ANEXO

EXCERTOS RELACIONADOS À PRESCRIÇÃO, CONSTANTES DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO PENAL.

TÍTULO VII
EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

A Comissão deliberou manter o texto atual sobre extinção da punibilidade e prescrição, até em face de recentíssimas leis sobre o assunto, como a de nº 12.650, de 12 de maio de 2012. A única alteração foi a inclusão das disposiçõe sobre prescrição nos crimes falimentares, por força da incorporação dos aspectos penais da Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 em capítulo próprio desta proposta.

Extinção da punibilidade

Art. 107. Extingue-se a punibilidade:

I – pela morte do agente;

II – pela anistia, graça ou indulto;

III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV – pela prescrição, decadência ou perempção;

V – pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VI – pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; ou

VII – pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Art. 108. A extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não se estende a este. Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão.

Prescrição antes de transitar em julgado a sentença

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no parágrafo único do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da

pena de prisão cominada ao crime, verificando-se:

I – em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II – em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III – em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV – em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V – em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em três anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.

Prescrição das penas restritivas de direito

Parágrafo único. Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as de prisão.

Prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória

Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

Parágrafo único. A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

Termo inicial da prescrição antes de transitar em julgado a sentença final

Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

I – do dia em que o crime se consumou;

II – no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;

III – nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;

IV – no crime de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido;

V – nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar dezoito anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal;

VI – nos crimes falimentares, do dia da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial.

Termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível

Art. 112. No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:

I – do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação; ou

II – do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

Prescrição no caso de evasão do condenado

Art. 113. No caso de evadir-se o condenado, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena.

Prescrição da multa

Art. 114. A prescrição da pena de multa ocorrerá:

I – em dois anos, quando a multa for a única cominada ou aplicada;

II – no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena de prisão, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada.

Redução dos prazos de prescrição

Art. 115. São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de vinte e um anos, ou, na data da sentença, maior de setenta anos.

Causas impeditivas da prescrição

Art. 116. Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:

I – enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;

II – enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.

Parágrafo único. Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.

Causas interruptivas da prescrição

Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se:

I – pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II – pela pronúncia;

III – pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV – pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;

V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI – pela reincidência.

§ 1º Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.

§ 2º Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.

Art. 118. As penas mais leves prescrevem com as mais graves.

Art. 119. No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.

Fraude fiscal ou previdenciária

Art. 348. Auferir, para si ou para terceiro, vantagem ilícita consistente na redução ou supressão de valor de tributo, contribuição social ou previdenciária, inclusive acessórios, induzindo ou mantendo alguém em erro mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento, em prejuízo dos cofres públicos:

Pena - prisão, de dois a cinco anos.

§ 1º A vantagem pode consistir em valores de isenções, imunidades, deduções, devoluções ou reembolsos indevidos.

§ 2º Considera-se fraude deixar de:

I – fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação;

II – lançar, nos livros e documentos exigidos pela legislação, no prazo legal, informações que permitam a identificação do fato gerador dos tributos, contribuições sociais e previdenciárias;

III – repassar, no prazo devido, valores de tributo, contribuição social ou previdenciária, descontados ou recebidos de terceiros, que devam ser recolhidos aos cofres públicos por disposição legal ou convencional.

Consumação do delito

§ 3º Os crimes de fraude fiscal ou previdenciária não se tipificam antes do lançamento definitivo do tributo ou contribuição social, data da qual começará a correr o prazo de prescrição.

Extinção da punibilidade e redução da pena

§ 4º O pagamento dos valores dos tributos, contribuições sociais e previdenciárias, inclusive acessórios, extingue a punibilidade se efetuado até o recebimento da denúncia, assim considerado o momento posterior à resposta preliminar do acusado. Se posterior, reduz a pena de um sexto até a metade.

Suspensão do processo

§ 5º Suspende-se a pretensão punitiva do Estado e o curso da prescrição se, antes do recebimento da denúncia, tiver sido celebrado e estiver sendo cumprido acordo de parcelamento. Em caso de seu cumprimento integral, aplica-se o disposto no parágrafo anterior.

§ 6º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior se o agente, em ação judicial em que se questiona o lançamento dos créditos tributários ou previdenciários, tenha garantido o juízo mediante caução que assegure a sua futura quitação.

Falsificação

§ 7º Quando o falso se exaure na fraude fiscal ou previdenciária, sem mais potencialidade lesiva, é por esta absorvido.

Causa de exclusão de tipicidade

§ 8º Não há crime se o valor correspondente à lesão for inferior àquele usado pela Fazenda Pública para a execução fiscal.