Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de direito

Patrick Couto Xerez Sobral

Prescrição em matéria penal: uma teoria sobre por que os processos não chegam ao fim no Brasil

Rio de Janeiro

2017

Patrick Couto Xerez Sobral

Prescrição em matéria penal: uma teoria sobre por que os processos não chegam ao fim no Brasil

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito para obtenção do título de Mestre. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza

Rio de Janeiro

2017

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S677 Sobral, Patrick Couto Xerez.

Prescrição em matéria penal: uma teoria sobre por que os processos não chegam ao fim no Brasil / Patrick Couto Xerez. - 2017.
140 f.
Orientador: Prof. Dr. Artur Brito de Gueiros Souza.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Prescrição (Direito) - Teses. 2.Persecução penal –Teses. 3.Execução penal – Teses. I.Souza, Artur de Brito Gueiros. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343(81)

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Patrick Couto Xerez Sobral

Prescrição em matéria penal: uma teoria sobre por que os processos não chegam ao fim no Brasil

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 12 de Dezembro de 2017

Banca Examinadora:

_____

Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

_____

Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú

Faculdade de Direito - UERJ

_____

Prof. Dr. Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha

Faculdade de Direito - UERJ

Rio de Janeiro

2017

DEDICATÓRIA

Aos que acreditaram, e ainda acreditam, em especial, Mariza Couto, Vicente Xerez, James e Napoleão.

AGRADECIMENTO

Aos colegas de Mestrado, em especial, Gabriel Domingues, Matheus de Alencar e Miranda e Larissa Botelho, pelo apoio recebido ao longo do curso.

Aos professores do Curso de Mestrado em Direito da

UERJ, da linha de pesquisa de Direito Penal, em especial, Vera Malaguti, Nilo Batista, Patricia Glioche, Cristiano Fragoso. Agradeço, em particular, ao prof. Jorge Câmara, pelos diálogos sobre temas culturalmente enriquecedores; ao prof. Carlos Japiassú, que acompanha a minha trajetória desde a graduação na Faculdade Nacional de Direito, e a meu orientador, prof. Artur Gueiros, pelo carinho e atenção durante a elaboração do trabalho.

Ao caro amigo, prof. Carlos Bolonha, grande incentivador deste e de outros projetos.

À Escola de Munique de Direito Penal, na pessoa do prof. Luís Greco, inspiração de toda uma geração de penalistas e hoje professor da prestigiosa faculdade de Direito da Universidade de Humboldt, em Berlim.

“Sentei-me na poltrona do avião e pus-me logo a chorar. Vinham à mente as recordações dos momentos em que eu e o pai passamos juntos, sobretudo, aquele em que nos sentamos no banco do parque, um ao lado do outro, com os braços em repouso no encosto do assento. Nem percebemos como, naquele instante, estávamos tão parecidos. Até que a mãe, de surpresa, tirou a foto. Que sorte não ter deixado a ocasião passar!”

RESUMO

SOBRAL, Patrick Couto Xerez. *Prescrição em matéria penal:* uma teoria sobre por que os processos não chegam ao fim no Brasil.2017. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

A prescrição penal é a perda, pelo decurso do tempo, do poder do Estado de perseguir o criminoso através do exercício da ação penal ou da execução da pena imposta na sentença condenatória. O direito penal brasileiro segue um modelo que estabelece a distinção entre a prescrição da persecução e a prescrição da execução penal, com base nas etapas do processo penal, especialmente, o trânsito em julgado da sentença condenatória. A prescrição da persecução penal refere-se à perda do poder estatal de obter um título executivo, a sentença condenatória transitada em julgado, e abrange três espécies prescricionais: a prescrição com base na pena em abstrato (art. 109, CP), a prescrição retroativa (art. 110, §1˚, CP) e a prescrição superveniente ou intercorrente (art. 110, §1˚, CP). Já a prescrição da execução dedica-se à prescrição do poder do Estado de executar a pena imposta num título executivo (art. 110, caput, CP). O objeto da pesquisa compreende: 1) o estudo da prescrição penal desde os fundamentos jurídicos e filosóficos que a revestem; 2) a avaliação do instituto no direito brasileiro, tendo como referência o processo penal no qual se insere; 3)por fim, a abordagem das razões pelas quais o modelo de prescrição penal no Brasil, sob o ponto de vista da dogmática jurídica, não concebe o instituto como fundamento legítimo para evitar que os processos penais alcancem uma absolvição ou condenação.

Palavras-chave: Prescrição penal. Persecução. Execução. Direito penal. Processo penal.

ABSTRACT

SOBRAL, Patrick Couto Xerez. *Prescription in criminal matters:* a theory about why processes do not come to an end in Brazil.2017. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

Statute of limitations is a time limit during which charges must be filed against a person because of the perpetration of a crime. In brazilian's criminal law, the statute of limitations is based in a difference according to the final judgment of a crime. This work studies the philosophical and juridical foundations of the statute of limitations; the compatibility between these foundations; and analyses the brazilian`s statute of limitations with the criminal procedure as reference.

Keywords: Statute of limitations. Criminal law. Criminal Procedure.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/88 (CRFB)	Constituição da República Federativa do Brasil
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
GAFI/FATF	Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo
MP	Ministério Público
ss.	seguintes
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal Alemão)

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	11
1	**FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO**	16
1.1	**Justificações teóricas**	16
1.1.1	Prenvenção especial	18
1.1.2	Prevenção geral	18
1.1.3	Teoria absoluta (retaliação)	19
1.1.4	Outras justificações da prescrição penal	19
1.2	**Natureza e consequências**	21
2	**EVOLUÇÃO DA PRESCRIÇÃO NO BRASIL**	31
3	**SISTEMA PRESCRICIONAL BRASILEIRO**	42
3.1	**Imprescritibilidade**	44
3.2	**Prescrição da persecução penal**	45
3.2.1	Cálculo com base na pena em abstrato	47
3.2.1.1	Termo inicial	49
3.2.1.1.1	Crime consumado	50
3.2.1.1.2	Tentativa	51
3.2.1.1.3	Crimes permanentes	52
3.2.1.1.4	Crimes de bigamia e de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil	55
3.2.1.1.5	Crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes	56
3.2.2	Cálculo com base na pena em concreto	57
3.2.2.1	Prescrição retroativa	59
3.2.2.2	Prescrição superveniente ou intercorrente	64
3.2.3	Anulação de sentença	67
3.2.4	Oportunidade	68
3.2.5	Prescrição antecipada?	69
3.2.6	Causa de suspensão	73
3.2.7	Causas de interrupção	77
3.2.7.1	Recebimento da denúncia	80
3.2.7.2	Pronúncia	83
3.2.7.3	Decisão confirmatória da pronúncia	84

3.2.7.4 Publicação de sentença ou acórdão condenatórios recorríveis..... 84
3.3 **Prescrição da execução penal**..... 88
3.3.1 Termo inicial..... 89
3.3.1.1 Trânsito em julgado para a acusação..... 90
3.3.1.2 Revogação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional..... 97
3.3.1.3 Interrupção da execução..... 99
3.3.2 Detração e cálculo da prescrição..... 100
3.3.3 Efeitos..... 101
3.3.4 Causas de suspensão..... 101
3.3.5 Causas de interrupção..... 101
3.4 **Modificações do prazo prescricional (redução e aumento)** 106
3.5 **Prescrição das penas restritivas de direito e de multa**..... 109
3.6 **Prescrição nas medidas de segurança**..... 110
3.7 **Concurso de crimes**..... 113
4 **MODELOS BRASILEIRO: CRÍTICAS E SUGESTÕES**..... 117
CONCLUSÃO..... 127
REFERÊNCIAS..... 132

INTRODUÇÃO

A prescrição não é tema de grande atenção dos cursos de Direito Penal, cuja preocupação maior refere-se às nuances da teoria do delito e, em seguida, já com menor brilho, aos fundamentos da teoria da pena. Apesar de imprescindível para a resolução de casos na prática forense, o estudante pouco se dedica aos fundamentos da prescrição penal: a diferença entre prescrição da persecução e da execução penal; o cálculo dos prazos prescricionais e a sua contagem; e, ainda, as causas suspensivas e interruptivas da prescrição[1].

Além de relegada a segundo plano nos cursos jurídicos, quando os jornais trazem notícia sobre a prescrição penal, é para considera-la, por definitivo, uma das piores ferramentas jurídicas do Direito, cuja destinação exclusiva é servir de subterfúgio para que cidadãos – contra os quais há provas contundentes da prática de crime - escapem das malhas da justiça[2].

Porém, não é absolutamente infundada a má reputação de que goza a prescrição penal na opinião pública. Em resposta a questionamentos do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), o qual produziu avaliação negativa ao sistema penal brasileiro quanto à eficácia no combate à corrupção, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ realizou, no ano de 2012, relatório destinado a inventariar os processos penais envolvendo os crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro e, ainda, os cujo objeto são os atos de improbidade administrativa. Segundo o relatório do CNJ, nos anos de 2010 e 2011, dos 25.799 processos penais em curso no Brasil, tendo como objeto aqueles crimes e atos de improbidade administrativa, houve 1.637 condenações e o total de 205 réus. Em contrapartida, foram extintos, por conta da prescrição penal, 2.918 processos, o que corresponde ao percentual de mais de 11% dos feitos em andamento[3].

Mais recentemente, levantamento realizado pela FGV, no projeto de pesquisa *Supremo em números,* afirma que, no período de 2011 a 2016, houve a conclusão de 404 ações penais iniciadas no Supremo Tribunal Federal, em decorrência de foro privilegiado do

---

[1] SATZGER, Helmut. **Die Verjährung im trafrecht**. JURA 6/2012, 2012, p. 433.

[2] RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La prescripción penal**: Fundamento y aplicación. Texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código Penal. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2004, p. 15.

[3] O relatório sobre casos de prescrição incluiu, além dos processos penais, processos tendo como objeto atos de improbidade administrativa. Cf., no link do próprio CNJ, http://www.cnj.jus.br/44sg Cf, também, reportagem em http://www.jb.com.br/pais/noticias/2013/04/15/corrupcao-cnj-divulga-pesquisa-sobre-andamento-de-acoes-no-pais/Acesso em 13/09/2017. A pesquisa também é mencionada na Medida de n˚6, dentre o pacote de 10 (dez) Medidas contra a corrupção encaminhadas pelo Ministério Público Federal ao Congresso Nacional.

acusado; dentre estas, 276 (68%) extinguiram-se por prescrição ou sofreram o deslocamento para Juízos de instância inferior, por conta de declínio da competência após a autoridade pública deixar o cargo; obteve-se a condenação em apenas 0,74% dos casos[4]. Em suma, a cada três ações penais iniciadas no STF, duas não têm o seu mérito apreciado pelo Tribunal.

Além disso, no que se refere especificamente à dogmática jurídica, o tratamento conferido pelo Código torna o tema incompreensível para o leitor que, desavisado, aventura-se pelos embaralhados arts. 109 e ss. do Código Penal. A própria organização dos dispositivos não facilita a compreensão: art. 109 trata da prescrição da persecução penal com base na pena em abstrato[5]; em seguida, enquanto o art. 110, *caput*, prevê a aprescrição da execução, a qual se vale dos prazos estabelecidos no dispositivo anterior, o art. 110, §1˚, trata das modalidades superveniente e retroativa, as quais se referem à prescrição da persecução penal; adiante, o art. 111, trata do termo inicial da prescrição da persecução penal pela pena em abstrato; em seguida, o art. 112, estabelece o termo inicial da prescrição da execução penal.

Aliás, a confusa leitura dos dispositivos deriva da própria nomenclatura empregada pelo Código. A título de ilustração, a redação originária do Código de 1940 valeu-se da expressão "prescrição antes de transitar em julgado a sentença", título que se encontra acima do artigo 109, e "prescrição depois de transitar em julgado a sentença final condenatória", título referente ao artigo 110. Em contrapartida, a Reforma de 1984 alterou o termo inicial da prescrição da execução para o dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação (art. 112, I, CP), mas manteve o pressuposto do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Com efeito, o direito penal precisa, por um lado, proteger os valores individuais da pessoa humana; por outro, conferir uma resposta adequada e eficiente para a resolução de casos concretos[6]. Para que esta resposta seja alcançada, estabelece-se, como regra, que os processos cheguem ao fim. A propósito, vale esclarecer o que se entende por "fim", para

---

[4] Cf., o resultado da pesquisa se encontra no relatório *Supremo e o foro privilegiado,* disponível no site do próprio projeto Supremo em números: http://www.fgv.br/supremoemnumeros/publicacoes.html ; Cf., também, a reportagem divulgada em https://oglobo.globo.com/brasil/estudo-mostra-que-68-de-acoes-penais-de-quem-tem-foro-privilegiado-prescrevem-ou-caem-para-instancia-inferior-20933954 Acesso em 13/09/2017.

[5] A doutrina utiliza as expressões "prescrição da pretensão punitiva" e "prescrição pela pena em concreto". Cf. JESUS, Damásio E. de. **Prescrição penal**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 23,88; SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da prescrição penal**: de acordo com as Leis n˚s 9268/96 e 9271/96: doutrina, prática, jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 53, 169. Já os arts. 109 e 110, CP utilizam " prescrição antes do trânsito em julgado" e " prescrição depois do trânsito em julgado". Utilizo a nomenclatura alemão "prescrição da persecução penal" e "prescrição da execução penal" apenas para evitar a discussão processual sobre se extingue a pretensão ou o direito subjetivo estatal de punir.

[6] GUARAGNI, Fábio. **Prescrição penal e impunidade**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 142.

justificar o próprio título do trabalho. Entende-se que o destino esperado do processo penal é a condenação ou a absolvição do acusado; a terminação através do reconhecimento de causa extintiva de punibilidade, notadamente, a prescrição, consiste em exceção indesejada, mas necessária.

Assim, esta dissertação tem por objetivo apontar as razões pelas quais o modelo de prescrição penal adotado no Brasil, sob o ponto de vista da dogmática jurídica, não concebe o instituto como fundamento legítimo para evitar que os processos penais alcancem uma absolvição ou condenação. A rigor, é discutível falar em "impunidade", num país em que, em dezembro de 2012, já havia, de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), 548.003 presos, sendo 513.713 no sistema penitenciário e 34.290 detentos em outros estabelecimentos, para o número de 310.687 vagas[7].

O modelo adotado de prescrição não pode escapar dos fundamentos teóricos que o legitima, notadamente, aqueles que relacionam o passar do tempo com o desinteresse estatal na persecução do fato criminoso, no sentido de obtenção de sentença condenatória transitada em julgado e execução da pena imposta na sentença. Tal desinteresse é um sinal de que a imposição de pena não se mostra mais um castigo necessário.

E para realizar a tarefa de apresentar as falhas do sistema prescricional brasileiro, o trabalho segue a seguinte ordem de apresentação: primeiro, expõem-se os fundamentos teóricos, abrangendo a razão pela qual se legitima a prescrição e a sua natureza jurídica; depois, descreve-se a formação do sistema prescricional brasileiro que conduziu à confusa organização dos dispositivos no Código; em seguida, debate-se sobre os principais institutos da prescrição penal no direito vigente; para, no fim, formular a crítica e as possíveis soluções para o funcionamento da prescrição no país.

Assim, o Capítulo 1) expõe as principais justificações teóricas segundo as quais o passar do tempo torna o castigo da pena desnecessário, fazendo com que o Estado, por sua vez, abdique do poder de punir. Tal exposição deve ser feita a partir das teorias da pena. A literatura existente no Brasil[8] desconsidera as teorias da pena, de modo a abordar as teorias da prescrição como se fossem autônomas, desconectadas das teorias que justificam o direito de punir do Estado. A proposta, nesta parte do trabalho, é a de relacionar o tema da prescrição com o dos fins da pena. Além disso, também no capítulo 1), apresentam-se os reflexos das justificações da prescrição nos fundamentos do seu instituto, que são a natureza

---

[7] Sobre a superlotação carcerária, com bastantes dados empíricos, cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Desafios contemporâneos da execução penal no Brasil**. Revista Eletrônica de Direito Penal. v. 2, n.1, 2014.

[8] Cf. JESUS, Damásio E. de. Op.cit.; SCHMIDT, Andrei Zenkner. Op. cit. p.20-22; PORTO, Antonio Rodrigues. **Das prescrição penal**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.20-22

jurídica de direito penal material ou processual, e as consequências desta definição.

Em seguida, no Capítulo 2), descreve-se a evolução do sistema prescricional brasileiro desde as previsões iniciais do Código de Processo Criminal de 1832 e do art. 65 do Código Criminal do Império, que impedia a prescrição da execução penal; passando pelo Código Penal de 1890 e o Decreto n° 4.780/23, que estabeleceram, respectivamente, a prescrição da execução penal e a prescrição da persecução pela pena em concreto; e também pelo Código Penal de 1940, em torno do qual houve reacendeu-se o debate sobre a prescrição retroativa; e por fim, pela Reforma da Parte Geral de 1984 e as inovações legislativas e jurisprudenciais que a seguiram.

Adiante, no Capítulo 3), aborda-se o modelo de prescrição previsto no direito brasileiro, cujas regras gerais extraem-se do Código Penal[9]. O direito penal brasileiro segue um modelo tradicional de prescrição, segundo o qual se diferencia a prescrição da persecução e a prescrição da execução penal. Em ambos os casos, o Estado dispensa a utilização dos mecanismos do direito penal contra o autor do crime[10]. A distinção corresponde às etapas do processo penal[11]: ao fim do processo de conhecimento, estando provada a culpa do acusado, profere-se uma sentença penal condenatória; a partir do momento em que a sentença obtém a força de coisa julgada, encerra-se o processo de conhecimento, e dá-se início ao processo de execução cujo destino é a atuação prática da pena imposta na sentença condenatória. O marco distintivo é o trânsito em julgado da sentença[12].

Neste sentido, a prescrição da persecução penal, dedicando-se ao processo de conhecimento, impede a condenação definitiva do autor do fato, quando já tiver transcorrido o prazo prescricional (art. 109, CP), desde a consumação do crime[13] (art. 111, I, CP) até a condenação com força de coisa julgada. Tendo em vista a sua ocorrência, não se pode praticar qualquer ato processual destinado à obtenção da sentença condenatória transitada

---

[9] Propositadamente, retiram-se do objeto deste trabalho as regras especiais de prescrição, trazidas pelas Leis Penais Extravagantes, tais como as relacionadas aos crimes falimentares (Lei n° 11.101/05), às contravenções penais, ao abuso de autoridade (Lei n° 4.898/65), aos crimes de imprensa (Lei n° 1.520/67) etc. Vale lembrar, o STF, apreciar a ADPF n° 130/DF, afirmou a não recepção dos dispositivos previstos na Lei n° 5.250/67 pela Constituição de 1988.

[10] SATZGER, Helmut. Op. cit., p. 434.

[11] Ibid.

[12] Como se anota adiante, o direito penal brasileiro não apresenta a distinção de maneira nítida, pois estabelece como termo inicial da prescrição da execução o trânsito em julgado da acusação (art. 112, I, CP), ao invés do efetivo trânsito em julgado da sentença condenatória.

[13] O direito penal brasileiro prevê, como termo inicial da prescrição da persecução, a consumação do fato, ao contrário do direito alemão, que acertadamente trabalha com a terminação do fato (§78a, StGB).

em julgado[14].

Em contrapartida, a prescrição da execução penal (art. 110, CP), referindo-se ao processo de execução, pressupõe a imposição da pena por sentença condenatória transitada em julgado.

O pressuposto da prescrição da execução é justamente a formação da coisa julgada de uma sentença acusatória. Contudo, no direito vigente, o seu termo inicial é definido pelo dia em que a sentença condenatória transita em julgado para a acusação (art. 112, I, CP); ou o trânsito em julgado da decisão que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional (art. 112, I, CP); ou, ainda, o dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena (art. 112, II, CP). Assim, mais coerente seria estabelecer como termo inicial a data em que a sentença condenatória adquire a força de coisa julgada e, uma vez ocorrida a prescrição, impedir-se qualquer ato processual destinado à execução da pena imposta ao condenado.

Além disso, o direito brasileiro prevê ainda subespécies da prescrição da persecução penal, notadamente, a prescrição calculada com base na pena em abstrato (art. 109, CP), a prescrição superveniente (art. 110, §1˚, CP) e a prescrição retroativa (art. 110, §1˚, CP).

Neste ponto, vale a menção de que a literatura se utiliza de nomenclaturas diversas para se referir às duas modalidades de prescrição anteriormente citadas, a prescrição da persecução penal e a da execução penal. O Código Penal de 1890, nos arts. 78 e ss. empregava a denominação "prescrição da ação" e "prescrição da condenação". Já o Código de 1940 se valeu da nomenclatura "prescrição antes de transitar em julgado a sentença" e "prescrição depois de transitar em julgado a sentença final condenatória", da qual não fugiu a Reforma de 1984. Em contrapartida, a literatura dominante no Brasil[15] vale-se das expressões "prescrição da pretensão punitiva" e "prescrição da pretensão executória".

Já no Capítulo 3), apresentam-se as críticas e as propostas de alteração do modelo prescricional no Brasil.

E por fim, apresentam-se as conclusões, com base no exposto ao longo do trabalho.

---

[14] SATZGER, Helmut.Op. cit., p. 435.

[15] JESUS, Damásio E. de. *Op. cit.*; SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da prescrição penal**: de acordo com as Leis n˚s 9268/96 e 9271/96: doutrina, prática, jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 35. Já Antonio Rodrigues Porto emprega "prescrição antes do trânsito em julgado" e "prescrição depois do trânsito em julgado". PORTO, Antonio Rodrigues. **Das prescrição penal**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 43,81.

1 FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO

A prescrição penal consiste na perda do direito de punir do Estado por sua inércia ao longo de um lapso temporal estabelecido em lei. Pouco se discute sobre o conceito, repetido por praticamente todos os manuais[16]. Porém, reside a controvérsia sobre as duas indagações fundamentais ao tema: a primeira refere-se a por que o Estado abdica do seu direito de punir após não exercê-lo por um tempo; e a segunda conduz à natureza jurídica penal ou processual penal. Os dois próximos tópicos destinam-se às duas mencionadas indagações.

1.1 Justificações teóricas

No passado, autores[17] do porte de Beccaria[18] e Bentham negaram a legitimidade em permitir que o decurso do tempo provoque efeito tão relevante a ponto de impedir a punição do autor de crimes graves. Já a Escola Positiva não admitia o instituto para criminosos incorrigíveis, mas a aceitava para a maioria dos indivíduos, desde que se provasse que, no caso concreto, deixar de punir o criminoso não traria perigo para a sociedade, dada a sua recuperação moral. Desta ideia de perigo para a sociedade e recuperação moral do criminoso, permanecem até hoje as previsões da alteração dos prazos prescricionais (art. 110, CP) ou, até mesmo, a interrupção do seu curso como efeito da reincidência do autor do crime[19] (art. 117, VI, CP).

No debate atual, a pergunta sobre a razão pela qual o Estado, a partir de certo tempo, abdica do poder de castigar o cidadão pela prática de delito, apontando o desinteresse estatal no castigo, relaciona-se ao debate sobre os fins da pena. O passar do tempo não tem o poder de extinguir o crime ou a pena, mas de modificar a punibilidade daquele. Tendo em vista que razões de utilidade e necessidade de castigo fundamentam a punibilidade do crime, a partir das teorias da pena, quando tais razões desaparecem, torna-se o castigo algo sem sentido[20].

À medida em que o tempo passa, reduzem-se os efeitos danosos do crime para a paz

---

[16] No Brasil, cf. REGIS PRADO, **Curso de Direito Penal brasileiro**.11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 828.

[17] PORTO, Antonio Rodrigues. **Das prescrição penal**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 13.

[18] Na célebre concepção de Beccaria, "Quando se trata desses crimes atrozes cuja memória subsiste por muito tempo entre os homens, se os mesmos forem provados, não deve haver nenhuma prescrição em favor do criminoso que se subtrai ao castigo pela fuga". BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 52.

[19] GUARAGNI, Fábio. Op.cit.. Curitiba: Juruá, 2008, p.

[20] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume 1. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 622.

social, já que tanto as suas consequências desaparecem, quanto as circunstâncias de sua prática são esquecidas[21]. Em relação à grande parte dos crimes, o próprio ordenamento jurídico já se recupera da lesão jurídica provocada pelo crime, ao romper a obediência ao ordenamento. De modo que a persecução ou a execução da pena em relação a crimes há muito tempo praticados torna-se dispensável para a restauração da paz social na coletividade[22]. Assim, reduz-se o interesse estatal na persecução penal ou na execução da pena, quanto ao delito que já se praticou há muito tempo[23].

Portanto, quanto mais antigo o crime, menores os seus danos à paz social, por conseguinte, menor a necessidade de castigar o autor através de pena. Porém, a controvérsia reside, ainda, na explicação sobre justamente as razões pelas quais o passar do tempo reduz a necessidade e o interesse estatal na punição. A rigor, tais razões residem na constatação de que não é legítima a imposição de um mal sem sentido ao cidadão. A partir das teorias da pena, quando não há necessidade de aplica-la, não pode ser imposta. E se deve paralisar qualquer ato destinado à persecução através de sentença condenatória ou de execução da pena.

Em contrapartida, as diversas teorias sobre a prescrição penal apontam que, à medida em que o Estado avança a persecução e a execução penal contra o indivíduo pela prática do crime, mostra-se o interesse e a necessidade do castigo. Por esta razão, o sistema prescricional brasileiro é incoerente, ao definir prazos cada vez menores, à medida em que o Estado avança a persecução penal. Defende-se, neste trabalho, a ampliação dos prazos da prescrição da execução penal face aos da prescrição da persecução penal, tal como aponta o direito comparado.

A seguir, enunciam-se, para fins de melhor sistematização, dois grupos de justificações teóricas: o primeiro diz respeito à aplicação das teorias quanto à justificação teórica da pena, notadamente, as teorias absolutas (retribuição) e relativas, notadamente, a prevenção geral e especial; e o segundo trata de justificações teóricas específicas para a prescrição penal.

---

[21] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des Strafrechts**, Allgemeiner Teil. 5ª Ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 911.

[22] Id., p. 911.

[23] Ney Fayet Júnior et. al afirmam, "*Aliando-se esses dois fatores (desnecessidade da punição e composição ou esquecimento do conflito), tem-se o motivo pelo qual o instituto jurídico da prescrição se inscreveu na quase totalidade das legislações mundiais".* Cf. FAYET JÚNIOR; FAYET, Marcela; BRACK, Karina. **Prescrição penal**: temas atuais e controvertidos, doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, p.

1.1.1 Prenvenção especial

Sob a ótica da prevenção especial, aponta-se que a pena, como critério positivo, a ressocialização do sujeito ressocializável, reintegrando-o ao convívio social; e como critério negativo, a intimidação e neutralização daquele que não possa ser corrigido. Tendo em vista o passar do tempo sem a reincidência do autor do crime, os fins da prevenção especial já teriam sido obtidos, de maneira que se mostra desnecessário o castigo através de pena[24]: quanto à prevenção especial positiva, a função de ressocialização da pena quanto já teria se realizado, mostrando-o reinserido na sociedade; e quanto à prevenção especial negativa, a função da pena de intimidação e dissuasão para a prática de novos crimes também já teria sido cumprida. Na verdade, o passar do tempo sem a reincidência mostra a emenda do cidadão que praticou o delito - conhecida no Brasil sob o rótulo de *teoria da emenda do delinquente*[25].

No direito brasileiro, a influência da prevenção especial se mostra notável, por exemplo, na previsão de que a reincidência provoca aumento de um terço no prazo da prescrição da execução penal (art. 110, caput, CP)[26]. Contudo, pouco se discute sobre por que a reincidência provoca aumento do prazo nesta modalidade prescricional, mas não influencia a prescrição da persecução penal.

1.1.2 Prevenção geral

Já do ponto de vista da prevenção geral, aponta-se que a pena, como critério positivo, reestabelece a confiança da sociedade na fiel observância do ordenamento jurídico; e como critéiro negativo, intimida a prática de novos crimes. Em contrapartida, o decurso de tempo, a depender da gravidade do crime praticado, embora não apague toda a memória de sua prática, pelo menos a atenua ou enfraquece. Reduz-se, igualmente, a sensação de alarma da sociedade, até se tornar desnecessário castigar o criminoso como um exemplo para o meio social[27]. Trata-se do argumento lido no Brasil como *teoria do esquecimento.*

---

[24] SATZGER, Helmut. Op.cit., p. 434.

[25] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 691. Bitencourt menciona, *"O decurso do tempo leva à recuperação do criminoso: com o decurso do tempo e a inércia do Estado, a pena perde o seu fundamento, esgotando-se os motivos do Estado para desencadear a punição."* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 1. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 890.

[26] JESUS, Damásio E. de. Op.cit., p. 19; BITENCOURT, Cezar Roberto. Op.cit., p. 890.

[27] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op.cit., p. 890.

Assim, do ponto de vista da prevenção geral negativa, não se obtém a dissuasão da coletividade a partir da imposição de pena, a qual resultará - tão somente - na lembrança de fatos antigos e já esquecidos pela coletividade. Já do ponto de vista da prevenção positiva, por conta da passagem de tempo, não há como se notar a recuperação da confiança da coletividade na validade do ordenamento jurídico pela punição de fatos há muito tempo praticados e, também, esquecidos.

1.1.3 Teoria absoluta (retaliação)

E, por fim, quanto às teorias absolutas, que atribuem à pena a função de " expiação moral", no sentido da retaliação e compensação da culpa do autor, torna-se ainda mais difícil justificar o castigo da pena quanto a fatos praticados há muito tempo[28]. É que, se se considerar a função da pena de retaliação da culpa, pressupõe-se a sua diminuição tendo em vista que o autor do crime precisou viver, por longo tempo, se não tomado por angústia, pelo menos pelo receio da persecução e imposição do castigo da pena[29]. E este receio já provocaria no criminoso sofrimento suficiente para a expiação de sua culpa, a depender da gravidade do crime praticado. Trata-se do argumento mencionado no Brasil como *teoria da expiação moral*[30].

1.1.4 Outras justificações da prescrição penal

De todo modo, as funções atribuídas à pena não se realizam nos autores de delitos praticados há muito tempo. Ademais, apontam-se duas justificações específicas para a prescrição penal: o efeito disciplinador e a questão probatória.

A prescrição penal produz um efeito disciplinador[31] nas agências de controle, sobretudo, nos funcionários da justiça criminal, para que a persecução penal e a execução de pena sejam realizadas mais rapidamente, de modo a evitar o prazo fatal[32]. O Estado paga

---

[28] Contra, Fábio Guaragni, para quem "A atuação da prescrição no direito penal somente pode ser associada às funções preventivas da pena, sendo incompatível com a função retributiva, pois esta implica na necessariedade da imposição da pena a qualquer tempo". GUARAGNI, Fábio. Op.cit., p. 146.

[29] SATZGER, Helmut. Op.cit., p. 435.

[30] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 691. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op.cit., p. 891.

[31] SATZGER, Helmut. Op.cit., p. 435.

[32] Com outras palavras, afirmam Gueiros e Japiassú, "Sendo assim, a burocracia, a desídia ou mesmo o desinteresse em levar a cabo a pretensão punitiva ou executória estatal gera, em seu desfavor, a sanção denominada prescrição penal. Em sentido inverso, quando o Estado demonstre estar interessado em

pela inércia daqueles que agem em seu nome, porque a observância a prazos não é ônus exclusivo do réu. No dizer de Damásio, "*nosso sistema contempla a inércia da autoridade pública no exercício do* jus persequendi in jiuditio *ou* do jus executionis, *com a punição do decurso do prazo prescricional"*[33]. A título de ilustração, abrindo mão da precisão científica, se determinado professor avalia os seus alunos com base num trabalho a ser entregue no final do curso, mas não impõe prazo para a entrega, os alunos postergam-no indefinidamente. Do contrário, se o professor impõe prazo fatal, os alunos redigem a avaliação a tempo, sob pena da indesejada reprovação.

Um reflexo do efeito disciplinador da prescrição está na previsão de causas de interrupção e de suspensão diante da ocorrência de atos processuais que demonstrem o interesse estatal na persecução penal. Assim, nas hipóteses em que não se pode disciplinar o Estado pelo desinteresse ou ineficiência na persecução penal, não se justifica o decurso do prazo prescricional. Daí, a previsão de causas suspensivas da prescrição da persecução penal (art. 116, CP): a resolução de questão homogênea em outro processo, de que dependa o reconhecimento da existência de crime (art. 116, I, CP), o cumprimento de pena no estrangeiro (art. 116, II, CP); e, ainda de causas suspensivas da prescrição da execução penal (art. 116, parágrafo único, CP): a prisão do condenado por outro motivo.

Da mesma maneira, justifica-se a previsão de causas interruptivas diante da prática de determinados atos processuais que demonstrem o interesse do Estado na persecução penal. No direito brasileiro, interrompem a prescrição os seguintes atos processuais: recebimento da denúncia ou queixa (art. 117, I, CP), pronúncia (art. 117, II, CP), decisão confirmatória da pronúncia (art. 117, III, CP), publicação da sentença condenatória recorríveis (art. 117, IV, CP). Da mesma maneira, nas hipóteses em que não se pode disciplinar o Estado pelo decurso do tempo, não justifica o decurso de prazo prescricional.

Ademais, a questão processual, envolvendo a prescrição, refere-se ao passar do tempo como um fator de aumento da probabilidade de condenações errôneas[34]. A persecução penal de fatos antigos remete à evidência de que a qualidade dos meios de prova para esclarecer o fato criminoso reduz-se com o passar do tempo, diminuindo igualmente a possibilidade de um juízo de certeza sobre a autoria e a materialidade do fato criminoso. Enquanto uma condenação exige juízo de certeza, o tempo apaga não apenas os vestígios do

---

perseguir criminalmente o autor da infração, a lei lhe concede alguns prêmios, tais como a suspensão e a interrupção dos prazos da prescrição (art. 116 e 117, do CP)." SOUZA, Artur de B. Gueiros; JAPIASSU, Carlos E. A. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 557.

33 JESUS, Damásio E. de. Op.cit., p. 19 .

34 SATZGER, Helmut. Op.cit., p. 435.

crime, mas também a lembrança do fato na memória de uma testemunha, a qual, anos após observar ou ouvir o cometimento do fato, tem menor valor como meio de prova[35].

Neste sentido, efeito relevante da questão probatória é a retirada da carga decisória sobre os órgãos da justiça criminal. Diante da suspeita fundada de ocorrência de crime, o Ministério Público deve atuar, em nome do princípio da legalidade, especialmente, a obrigatoriedade da ação penal pública, no sentido do oferecimento da ação penal. Em seguida, para que o processo penal se encerre através de uma sentença condenatória, torna-se necessário que o Juiz esteja convencido, para além de dúvida razoável, quanto à culpa do cidadão. E, para proferir uma sentença condenatória com base num meio de prova colhido anos atrás, o Juiz precisará fundamentar também a sua decisão com base na qualidade da prova. Porém, a ocorrência da prescrição de crimes há muito praticados retira esta carga da Justiça.

A propósito, a questão probatória aplica-se, como argumento, tão somente para a prescrição da persecução penal, e não para a prescrição da execução, pois a qualidade da prova não influencia o poder de executar a sanção imposta numa sentença condenatória já produzida[36]. Além disso, o efeito corrosivo do tempo na qualidade das provas não serve de critério para a previsão dos prazos processuais[37], os quais se definem conforme a gravidade do delito, observada a sua pena máxima cominada em abstrato. Fosse observado tal critério, os prazos seriam iguais para todos os crimes, pois torna-se visível indistintamente a todo fato criminoso.

1.2 Natureza e consequências

Ao lado do debate sobre os fundamentos da prescrição, situa-se a controvérsia sobre a natureza jurídica do instituto, seja de direito processual penal, como um obstáculo ao processo, seja de direito penal material, como causa que extingue a responsabilidade penal do indivíduo e o direito de puni-lo do Estado, seja, ainda, como instituto de natureza mista[38].

Classificando-se a prescrição um instituto de direito processual penal, o fato continua punível, pois o direito de punir do Estado não desaparece. Mas, diante da ocorrência da prescrição, surge um obstáculo processual, impedindo o desenvolvimento do processo penal.

---

[35] GUARAGNI, Fábio. Op.cit., p. 27. No Brasil, menciona-se o argumento sob o rótulo de *teoria da dispersão das provas.* NUCCI, Guilherme de Souza. Op.cit., p. 691.
[36] GUARAGNI, Fábio. Op.cit., p. 28.
[37] Id. Ibid., p. 28.
[38] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op.cit., p. 912.

O obstáculo demonstra a carência de pressuposto processual para se prosseguir com o processo penal.

Em contrapartida, no direito penal brasileiro, pouco se debate sobre a natureza jurídica da prescrição, apontando a doutrina, de modo quase unânime, no sentido do direito material[39]. Reconhece-se a repercussão da prescrição no direito processual, mas como meros efeitos processuais como consequência da perda do poder-dever do Estado.

No Brasil, considera-se a prescrição uma causa de exclusão de punibilidade e, mais do que isto, a natureza jurídica de direito material. Afirma-se a natureza jurídica da prescrição no direito material[40], a partir da própria previsão do instituto como causa extintiva da punibilidade (art. 107, IV, CP). Adota-se concepção semelhante à italiana, cujo art. 157 do Código Penal afirma *"La prescrizione estingue il reato"* e o art. 172, *"estinzione della pena"*. Na mesma linha, refere-se o art. 131 do Código Espanhol, à prescrição *"dos delitos"* e o art. 133, à prescrição *"das penas"*.

Não obstante, é necessário compreender o raciocínio que aponta a natureza jurídica de direito material da prescrição. Tal classificação funda-se na ideia de que, após a passagem do tempo, a culpa do autor reduz-se durante o passar do tempo, até o ponto em que ocorre a prescrição, e o Estado perde o poder-dever de puni-lo[41]. Por esta razão, perde-se a necessidade de castigar o autor do crime através de pena, ainda que se trate de fato merecedor de castigo[42].

Com efeito, a natureza jurídica de direito material permite esclarecer a razão pela qual os prazos prescricionais formulam-se com base na gravidade do delito[43], tendo em vista

---

[39] Menciona-se, como exceção na doutrina, Fábio André Guaragni, que defende a natureza mista da prescrição, sob o argumento de que tanto obsta o exercício da ação ou da execução da pena quanto elimina o exercício do direito de punir, no sentido de imposição da pena no caso concreto, ou o direito de executar a pena. GUARAGNI, Fábio. **Prescrição penal e impunidade**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 51. Já Fragoso ressalta a natureza processual da prescrição penal. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985, p. 422. Menciona-se, ainda, Gueiros e Japiassú, que afirmam a natureza mista do instituto. SOUZA, Artur de B. Gueiros; JAPIASSU, Carlos E. A. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 559.

[40] Ney Fayet Júnior afirma a natureza jurídica de direito material da prescrição, pois *"as normas que informam a prescrição têm, inegavelmente, um caráter material, até porque os preceitos legais da prescrição fazem ainda parte daquele conjunto de normas, porque invasivas e instrumentalmente constrictivas de direitos fundamentais, que deve pré-existir a práctica da infracção."* em FAYET JÚNIOR; FAYET, Marcela; BRACK, Karina. **Prescrição penal**: temas atuais e controvertidos, doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, p. 45. Alguns autores, como Luiz Regis Prado, mencionam consequências processuais do instituto, mas estabelecem a sua natureza jurídica de direito material. REGIS PRADO, **Curso de Direito Penal brasileiro**. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 828.

[41] JESUS, Damásio E. de. Op.cit., p. 18.

[42] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des Strafrechts**, Allgemeiner Teil. 5ª Ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 912.

[43] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op.cit., p. 912.

a pena máxima cominada em abstrato para o tipo penal. Crimes mais graves permitem uma reprovação maior da culpa do autor e, por conseguinte, justificam prazos prescricionais maiores. Assim, como os prazos são calculados de forma proporcional à gravidade do fato, com base na pena cominada para o tipo penal, há uma orientação de direito material.

Além disso, a natureza de direito material explica a imprescritibilidade de determinados crimes gravíssimos. Nestes casos, há a incidência das teorias absolutas da pena, que a legitimam por uma razão de justiça material. Por conta da gravidade do fato, mesmo depois de anos, há a necessidade de esclarecimento e punição do autor. Todavia, estampa a incongruência da previsão de imprescritibilidade dos crimes de racismo e ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5˚, XLII e XLIV, CF), cujas penas não são tão rigoras.

Diante da classificação da prescrição como instituto de direito material, surgem as três seguintes consequências de ordem prática.

A primeira consequência da natureza jurídica de direito material é que a prescrição faz com que o cidadão que praticou o crime não seja mais punível, caracterizando uma causa de exclusão da pena. Portanto, uma vez ocorrida a prescrição, deve o acusado ser absolvido, por falta de punibilidade de seu comportamento.

A segunda consequência diz respeito à forma contagem de prazos prescricionais, de modo a se incluir o dia de início, seguindo a regra geral de contagem dos prazos de direito penal material (art. 10, CP). A propósito, o STJ já examinou relevante caso concreto, no qual houve o recebimento da denúncia no dia 1˚ de Julho de 1993 e a publicação da sentença justamente no dia 30 de Junho de 1997, interrompendo-se prazo prescricional de 4 (quatro) anos justamente no último dia do prazo. Na oportunidade, o Tribunal ressaltou, "*O prazo de prescrição é prazo de natureza penal, expresso em anos, contando-se na forma preconizada no art. 10 do Código Penal, na linha do calendário comum, o que significa dizer que o prazo de um ano tem início em determinado dia e termina na véspera do mesmo dia do mês e ano subsequentes"*[44]. Portanto, o primeiro dia inclui-se no prazo, como um dia inteiro, mesmo que o crime seja praticado tarde da noite, às 23 horas. Os meses e anos contam-se por inteiro[45], sem a conversão em dias[46].

---

[44] STJ, REsp 188.681, 6ª T., Rel. Min. Vicente Leal

[45] Na lição de Hungria, *" os meses e os anos são contados, não ex número, mas ex numeratione dierum, isto é, não se atribuem invariavelmente 30 dias ao mês, o que importaria 360 dias para o ano; mas 28,29 ou 31, de acordo com o calendário (...) O Juiz, tendo de condenar a um mês ou a um ano, não pode dizer substantivamente, '30 dias, ou '365 dias'. Suponha-se que o prazo de um ano e seis meses, que tenha começado às 16 horas de 7 de janeiro de determinado ano; terminará (atendidas as regras do art. 8) à*

E a terceira consequência, mais relevante, diz respeito à edição de leis penais, em momento posterior à prática do crime, destinadas à ampliação do prazo prescricional ou, de outra forma, prejudiciais ao acusado, face à vedação da retroatividade da lei penal mais gravosa (art. 5˚, XL, CF)[47].

Para além da contagem de prazos a partir da regra definida no art. 10 do Código Penal, de modo a se incluir o dia do começo, sem a suspensão nas férias e sendo improrrogável[48], a natureza jurídica de direito material da prescrição resulta na irretroatividade de lei penal mais gravosa que modifique o prazo prescricional ou o seu curso. Trata-se de tema enfrentado, recentemente, no país, em duas ocasiões: a Lei n˚ 9.271/96, ao alterar o art. 366, CPP, dispôs no sentido de que, se o acusado, citado por edital, não comparecer e tampouco constituir advogado, deve o juiz determinar a suspensão do processo e do prazo prescricional; e a Lei n˚ 12.234/10 amentou o prazo prescricional para crimes com pena máxima de 1 (um) ano de 2 (dois) para 3 (três) anos e eliminou parte da prescrição retroativa anterior ao recebimento da denúncia. Em ambas as ocasiões, não se pode aplicar as inovações legislativas prejudiciais ao réu para fatos praticados antes da sua vigência[49].

Além disso, ainda seguindo o entendimento dominante, a prescrição consiste em norma de ordem pública[50]. Quando verificada, independente da vontade daquele a quem beneficia, deve ser decretada a requerimento do Ministério Público ou do interessado, ou ainda, *ex officio* pelo Juízo (art. 61, CPP).

No entanto, o raciocínio empregado na doutrina para apontar a natureza jurídica de

---

meia-noite de 6 de julho do ano seguinte, pouco importando que um desses anos seja bissexto." HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal, volume 1.* Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1949, p. 181. Damásio de Jesus, especificamente sobre a contagem do prazo prescricional, ressalta: *"Os anos devem ser contados de acordo com o seguinte princípio: apanha-se o dia do começo do prazo, vai-se ao mesmo dia, do mesmo mês, do ano subseqüente, terminando às 24 horas do dia anterior."* JESUS, Damásio E. Op.cit., p. 33.

[46] Exemplo: o prazo da prescrição pela pena em abstrato para o crime de lesão corporal (art. 129,CP), é de 4 anos (art. 109, V,CP), tendo em vista a pena máxima de 1 ano. Se o crime for cometido no dia 05/07/2010, prescreve pela pena em abstrato no dia da véspera, nos quatro anos subsequentes, 04/07/2014.

[47] No direito alemão, entendeu-se que a prescrição nada altera em relação à punibilidade; trata-se de um obstáculo ao processo penal. Por esta razão, o Tribunal Constitucional admitiu a ampliação dos prazos em relação aos crimes de homicídio praticados durante o regime nacional-socialista. Cf. BVerfGE 25, 269; BVerfg NStZ 1994, 480.

[48] PRADO, LUIZ REGIS. Op.cit., p. 828.

[49] No sentido do texto, SOUZA, Artur de B. Gueiros; JAPIASSU, Carlos E. A. *Curso de direito penal: parte geral.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 560. A respeito da alteração no art. 366, CPP, cf. STJ, HC 110767, rel.: Min. Napoleão Maia. 5ª T., DJ 03/05/2010.

[50] FAYET JÚNIOR; FAYET, Marcela; BRACK, Karina. Op.cit., p. 31. QUEIROZ, Paulo; BARBOSA, Aldeleine Melhor. **Termo inicial da prescrição da pretensão executória**. In: Prescrição penal: temas atuais e controvertidos, doutrina e jurisprudência, volume III. Coordenação de FAYET JÚNIOR; FAYET. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 20011, p. 23.

direito material parece outro, que meramente tangencia as razões até aqui apontadas. O raciocínio, consistente numa analogia ao direito privado, parte do pressuposto de que, ao prever em lei um tipo penal, o legislador se vale de uma estrutura normativa em que há um preceito primário - a conduta que deve ser evitada pelo particular (crime de ação) ou a que deve ser obrigatoriamente praticada (crime de omissão); e, ainda, um preceito secundário, a pena.

Assim, ao instituir o delito, o legislador atribui ao Estado o direito de punir o cidadão que pratica a conduta que deveria evitar (crime de ação) ou que deixa de praticar aquilo que deveria (crime de omissão)[51]. E esta punição se dá através do preceito normativo secundário do tipo penal, a imposição da pena criminal. Assim, este seria um direito de punir em abstrato e oponível a todos os cidadãos.

Entretanto, uma vez realizado o fato previsto em lei como delito, o direito de punir deixa de ser abstrato, e se concretiza[52], ganhando a feição de um direito de punir a ser exercido no caso concreto e em face do autor do crime, originando um conflito entre o direito estatal de punir e o direito de liberdade do cidadão[53]. A este direito de punir em concreto chama-se pretensão punitiva ou *ius puniendi.* Surge uma relação jurídica de direito penal entre o Estado e o autor do crime, de maneira que se reservaria ao Estado o poder-dever de puni-lo através da pena estabelecida em lei; e, ao autor do crime, o dever de se submeter à punição[54]. A esta relação jurídica chama-se *punibilidade,* a qual consiste na possibilidade jurídica de imposição da sanção penal.

Neste sentido, a punibilidade do delito, consistente na possibilidade de aplicação de pena, não integra o conceito analítico de delito, pois se trata de consequência jurídica da sua prática[55]. Assim, diante de uma causa excludente de punibilidade, o delito não deixaria de existir: apenas não seria mais passível de punição. Trata-se de hipótese diversa de uma causa excludente da ilicitude, tal como o estado de necessidade (art. 23, I) ou a legítima defesa (art. 23, I, CP), os quais apagam a própria ilicitude da infração penal (art. 23, caput, CP).

Contudo, no Estado de Direito, a imposição de pena ao sujeito ativo do crime não se

---

51 JESUS, Damásio E. de. Op.cit., p. 1.
52 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op.cit., p. 622.
53 BITENCOURT, Cezar Roberto. Op.cit., p. 891.
54 JESUS, Damásio E. de. Op.cit., p. 2.
55 JESUS, Damásio E. de. *Prescrição penal.* São Paulo: Saraiva, 2008, p. 3., o qual, de forma absolutamente isolada, também inclui a culpabilidade como condição de imposição da pena. FAYET JÚNIOR; FAYET, Marcela; BRACK, Karina. **Prescrição penal**: temas atuais e controvertidos, doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, p. 20.

dá através do exercício imediato, instantâneo, das agências penais. Não se aplica a sanção penal sem o exercício da jurisdição estatal e através de processo penal que se subordine a regras previstas na Constituição da República. É direito fundamental do acusado não sofrer a pena sem processo penal justo.

Assim, a doutrina tradicional do processo penal, numa comparação com o direito processual civil, entende que, após a prática do delito, surge para o Estado a pretensão punitiva. Entendendo-se pretensão a exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio. E pretensão punitiva é a exigência de punição, no sentido da subordinação do direito de liberdade do indivíduo ao poder-dever do Estado em puni-lo pela prática do delito. Vale ressaltar, no Estado de Direito, a pretensão punitiva é um direito de coação indireta, pois, para seu exercício, há a obrigatoriedade do processo penal[56].

Neste sentido, a persecução penal, que se destina a levar adiante o poder-dever do Estado de punir os autores de delitos, desenvolve-se através de duas principais etapas: na etapa inicial, a qual se desenvolve até o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, o Estado se vale do *jus puniendi,* chamado por alguns autores de pretensão punitiva; e, após o trânsito em julgado, a persecução penal destinada a executar a pena, entra em cena o *jus punitionis,* também chamado, pretensão executória. Em outras palavras, surge a pretensão punitiva com a prática do crime; e a pretensão executória, com a sentença condenatória transitada em julgado[57].

Assim, após a prática da infração penal, o Estado recebe o poder-dever da pretensão punitiva, a qual consiste no poder de processar o autor do crime. Logo, deduz-se a pretensão punitiva em juízo, através da acusação formalizada pelo particular ou pelo órgão estatal encarregado do ajuizamento da ação penal pública, o Ministério Público, valendo-se, para tanto, de peças de informação ou do inquérito policial. Em seguida, após o trânsito em julgado, o Estado recebe o poder-dever da pretensão executória, para executar a pena imposta na sentença condenatória transitada em julgado[58]. E, por fim, em regra, através do cumprimento da pena, extingue-se a pretensão executória.

Entretanto, a punibilidade do delito, entendida como a possibilidade de persecução e

---

[56] No sentido da obrigatoriedade do processo para a imposição de pena, Aury Lopes Jr. afirma, " O processo, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para a imposição da pena. Isso porque o Direito Penal é despido de coerção direta e, ao contrário do direito privado, não tem atuação nem realidade concreta fora do processo correspondente". Adiante, o autor ressalta " Assim, fica estabelecido o caráter instrumental do processo penal com relação ao Direito Penal e à pena, pois o processo penal é o caminho necessário para a pena". LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 50

[57] JESUS, Damásio E. de. Op.cit., p. 4; BITENCOURT, Cezar Roberto. Op.cit., p. 891.

[58] JESUS, Damásio E. de. Op.cit., p. 5.

execução da pena ao autor, pode se submeter a eventos ou circunstâncias extrínsecas ao próprio delito, compreendidas pela doutrina, condições objetivas de punibilidade[59].

A dogmática jurídica consolidou o entendimento de que o conceito analítico de crime consiste na ação ou omissão humana revestida de três elementos: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. A tipicidade e a antijuridicidade representam a matéria do injusto penal; e a culpabilidade, a reprovação pessoal do autor do crime.

Assim, a punibilidade de um crime não é um dos elementos que o constitui, mas um pressuposto ao exercício do poder estatal de punir. Em ocorrendo uma das hipóteses previstas em lei como extintivas da punibilidade do delito, não desaparece um elemento constitutivo do crime, mas o poder de punir do Estado diante da sua prática.

Neste sentido, a prescrição está prevista no rol das causas excludentes de punibilidade, previsto no artigo 107 do Código Penal: a morte do agente, a anistia, a graça, o indulto, a abolitio criminis, a prescrição, a decadência, a perempção, a renúncia do direito de queixa e da representação, o perdão do ofendido, a retratação e o perdão judicial. Trata-se de rol meramente exemplificativo, de modo que também se aponta, como causas excludentes de punibilidade: o decurso do período de prova do *sursis* (art. 82, CP); o término de vigência do livramento condicional (art. 90, CP); decorrido o período de suspensão sem revogação, na suspensão condicional do processo (art. 89, Lei n˚ 9.099/95); a desistência voluntária e o arrependimento eficaz (art. 15, CP)[60]; o cumprimento de pena; o pagamento do tributo nos crimes de natureza fiscal fiscal (art. 34, Lei n˚ 9.249/95), o ressarcimento do dano no peculato culposo (art. 312, §3˚, CP); a restituição *in integrum,* no crime de subtração de incapazes (art. 249, §2˚, CP); o falecimento do cônjuge, no crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (art. 236, CP), já que se trata de ação penal privada personalíssima (art. 236, parágrafo único, CP)[61]; a retratação da vítima, nos crimes de ação pública condicionada à representação (art. 25, CPP); dentre outras.

Questão de particular relevância diz respeito aos efeitos da causa de extinção da punibilidade, quando reconhecida numa sentença judicial. A sentença condenatória reconhece o cometimento do crime, por parte do cidadão, e produz efeitos principal e secundários. O efeito principal da sentença condenatória é a imposição de pena ao condenado. Em matéria penal, a sentença condenatória tem como efeito principal a

---

[59] JESUS, Damásio E. de. Op.cit., p. 6.

[60] Há ainda quem considere o art. 15, CP, excludente de tipicidade, sob o argumento de que o dispositivo retira a conduta punível da definição da tentativa. Neste sentido, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op.cit., p. 623.

[61] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op.cit., p. 623.

imposição de pena ao condenado. Contudo, a sentença condenatória também produz efeitos secundários, tais como a perda dos instrumentos e do produto do crime; o reconhecimento da reincidência; a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo; a perda do pátrio poder, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; e a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso (art. 92, CP).

Assim, o reconhecimento de causa extintiva da punibilidade, ao retirar o direito de punir do Estado, produz também efeitos sobre a sentença penal. O efeito da causa de extinção da punibilidade depende não do momento em que se dá o seu reconhecimento por parte do Juízo, mas do momento em que efetivamente se consubstancia, em relação ao marco temporal do trânsito em julgado. Trata-se de uma vinculação direta ao momento de ocorrência da causa extintiva, se esta se deu antes ou após o trânsito em julgado. Faz-se uma abordagem com base nas já mencionadas pretensão punitiva e pretensão executória do Estado.

Assim, se a causa extintiva se realizar antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, afetará a pretensão punitiva do Estado, afetando qualquer efeito do processo penal ou da sentença condenatória[62]. Dessa forma, impedirá o reconhecimento da reincidência (art. 63, CP) e a formação de título executivo para o juízo cível (art. 63, CPP). Como não haverá trânsito em julgado, não existirá reincidência, pois se exige a prática de novo crime depois do trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 63, CP). E, pela mesma razão, não haverá sentença condenatória irrecorrível para se executar no juízo cível[63]. Aliás, se a causa extintiva de punibilidade ocorrer antes do trânsito em julgado, até mesmo o conflito dos bens apreendidos, tido como efeito da sentença condenatória, será evitado[64].

Em contrapartida, se a causa extintiva de punibilidade ocorrer depois do trânsito em julgado de sentença condenatória, permanecem os efeitos secundários da sentença condenatória[65], tais como a reincidência e o título executivo no cível. Assim, vindo o agente a cometer novo delito, será considerado reincidente (art. 63, CP), pois a causa extintiva não desconstitui o efeito da coisa julgada. Por sua vez, não se desconstituirá o título executivo no juízo cível (art. 63, CP).

---

[62] NUCCI, Guilherme de Souza. Op.cit., p. 679.
[63] JESUS, Damásio E. de. Op.cit., p. 11.
[64] TJMG, Ap. Crim. 1.0372.13.002879-1/001-MG, 1ª C. Crim., rel. Flávio Leite, 28.04.2015.
[65] NUCCI, Guilherme de Souza. Op.cit., p. 679.

Não obstante, a anistia (art. 107, II, CP) e a *abolitio criminis* (art. 2˚, caput e 107, III, CP), apagam todos os efeitos da prática do crime e, inclusive, desconstituem a sentença condenatória. Assim, caso incidam para beneficiar determinado agente, mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória, este não será considerado reincidente, diante da prática de novo crime. Contudo, não extinguem os efeitos cíveis da sentença condenatória transitada em julgado, podendo ser executada no juízo cível para a reparação de danos[66].

Vale ressaltar, o artigo 64 do Código Penal, estabelece um período precário de 5 (cinco) anos, após o qual o agente que praticar crime não será mais considerado reincidente. Logo, também a causa extintiva da punibilidade que ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença condenatória há mais de 5 (cinco) anos não provocará o efeito da reincidência.

Assim, se a causa de extinção da punibilidade ocorrer durante a investigação preliminar ou o processo de conhecimento, mesmo após condenação em primeiro grau de Jurisdição, mas antes do trânsito em julgado, apagam-se todos os efeitos da sentença penal condenatória, tanto o principal quanto os secundários. Em contrapartida, se ocorrer depois do trânsito em julgado, já durante a execução da pena imposta ao réu, apaga-se o efeito principal, mas não os secundários.

Neste sentido, como a prescrição da persecução ocorre antes do trânsito em julgado, apagam-se todos os efeitos da sentença condenatória; já a prescrição da execução da pena, a qual ocorre depois do trânsito em julgado, apaga o efeito principal, mas não os secundários.

No entanto, voltando à discussão sobre a natureza jurídica, vale dizer, a pura natureza de direito material da prescrição não esclarece a razão pela qual delitos gravíssimos, tais como a extorsão mediante sequestro, o estupro e, mesmo, o homicídio qualificado, encontram um momento a partir do qual, pela ocorrência da prescrição, não podem mais ser atingidos pelo direito penal. Nestes casos, não há como justificar a desnecessidade de pena, depois do decurso do tempo.

Além disso, a mera natureza de direito penal material tampouco esclarece a razão de a lei penal prever causas suspensivas e interruptivas dos prazos prescricionais (arts. 116 e 117, CP), diante da mera ocorrência de eventos processuais, os quais nada alteram a necessidade de pena do autor do crime.

Neste sentido, há também consideráveis argumentos a favor da natureza processual da prescrição. Na verdade, como ressaltado, as causas de interrupção e de suspensão do prazo referem-se a eventos puramente processuais. É o que ocorre com a interrupção do

---

[66] JESUS, Damásio E. de. Op.cit., p. 14.

prazo pelo recebimento da denúncia (art. 117, I, CP) e a publicação de sentença condenatória (art. 117, IV, CP) ou, ainda, a sua suspensão até a resolução de questão prejudicial em outro processo. No direito alemão, o interrogatório do acusado já interrompe o prazo prescricional (§78c, 1, StGB) . Neste caso, trata-se de eventos meramente processuais.

Por fim, entende-se, nesta oportunidade, que a prescrição penal é instituto que apresenta, ao mesmo tempo, elementos de direito penal material e processual. É inevitável o ponto de vista do direito penal, sob o qual mostra-se a perda do interesse no Estado em perseguir o criminoso e aplicar-lhe a pena imposta na sentença condenatória. No entanto, mais nítido é o ponto de vista do direito processual penal, já que a prescrição coloca um obstáculo à formação do processo penal, no sentido de que este somente pode se desenvolver sem a sua presença.

A rigor, a prescrição surge como um obstáculo ao processo penal, de maneira que a sua inexistência é condição de sua procedibilidade[67]. Por esta razão, diante da verificação da prescrição antes do trânsito em julgado, assim chamada prescrição da persecução penal, o Juiz não julga a ação penal improcedente, absolvendo o acusado; pelo contrário, termina o processo penal[68]. Há uma abordagem combinada, de modo que a prescrição penal produz o efeito de impedimento processual, mas tem, na sua legitimidade, a característica de direito material de que, com o passar do tempo, reduz-se a necessidade de pena[69].

---

[67] FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985, p. 422.

[68] Id., p. 422.

[69] SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal,** Parte Geral. 5ª Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 012, p. 643.

2 EVOLUÇÃO DA PRESCRIÇÃO NO BRASIL

O artigo 65 do Código Criminal de 1830, vigente ao tempo do Império, vedava a prescrição da execução penal de sentença condenatória. Segundo o dispositivo, *as penas impostas aos réus não prescreverão em tempo algum".*

Já os arts. 55 e 56 do Código de Processo Criminal de 1832 trouxeram a previsão inicial[70] da prescrição da persecução penal no país[71]. Adotam-se os critérios da afiançabilidade do crime e da presença do réu em local conhecido para a aplicação da prescrição. Segundo os dispositivos, não corre o prazo prescricional para crimes inafiançáveis, estando o réu ausente, sabido o local ou não (art. 56); e tampouco, para os afiançáveis, quando o réu ausente em local não sabido ou no estrangeiro. Se o réu estivesse presente no local da jurisdição, contava-se o prazo prescricional de 10 anos, para os crimes inafiançáveis; e de 6 ou 10 anos, conforme o réu interrompesse a presença no local ou não. Posteriormente, a Lei n˚ 261, de 03 de Dezembro de 1841 e o Regulamento n˚ 120 de 31 de Janeiro de 1842 pouco abrandaram a rigidez com que era tratada a prescrição penal.

Em seguida, o Código Penal de 1890 trouxe, como alterações substanciais no sistema prescricional, primeiro, a ausência de previsão de imprescritibilidade; segundo, a pena máxima cominada ao crime como critério para cálculo do prazo; terceiro, abandona-se o critério da presença ou ausência do réu; e, por fim, introduz-se a prescrição da execução penal, nos mesmos prazos da prescrição da persecução penal (art. 72).

No Código de 1890, trata-se a prescrição da execução, chamada pelo legislador *"prescrição da comdemnação"* (art. 72), ao lado da prescrição da persecução penal (art. 71), nomeada, "prescrição da acção". Vale dizer, utiliza-se no Código a nomenclatura *"extincção da acção penal e da condemnação"*. Ambas as modalidades prescricionais têm o prazo calculado com base na pena imposta na sentença condenatória (art. 85). A prescrição da persecução penal, chamada pelo Código de prescrição da "acção", não tem por base a pena cominada abstratamente para o delito e tampouco se interrompe pela sentença penal condenatória, de modo que não havia as subdivisões atuais[72]. Ademais, há uma exceção,

---

[70] Narra-se que, enquanto a prescrição da ação penal, ou seja, prescrição da persecução penal é um instituto antigo, remontando à Lex Julia, do ano 18 a.C., a prescrição da condenação ou da execução penal é uma recente ferramenta jurídica, surgindo na França, com o Código Penal de 1791. Também no direito brasileiro a prescrição da condenação tardou a aparecer. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral*, 1*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 889.

[71] CARVALHO FILHO, Aloysio de. CARVALHO FILHO, Aloysio de; ROMEIRO, Jorge Alberto. **Comentários ao Código Penal**: volume IV, arts. 102 a 120. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 229

[72] SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da prescrição penal**: de acordo com as Leis n˚s 9268/96 e 9271/96: doutrina,

segundo a qual o prazo prescricional não se calcularia com base na sentença, nos casos especificados nos artigos 275, 277 e 281 do Código, os quais tratam de prazos decadenciais – disposição que confunde os prazos prescricionais e decadenciais[73].

Parte da doutrina sustenta, no sistema do Código de 1890, a inexistência da prescrição superveniente, já que não há previsão de interrupção do prazo prescricional pela sentença condenatória[74]. A rigor, como a prescrição da persecução penal, neste sistema, toma por base a pena imposta na sentença condenatória, a única espécie prevista é justamente a prescrição superveniente.

A prescrição da persecução penal, além de se calcular com base na pena imposta na sentença, tinha como termo inicial "o dia em que o crime foi commetido" (art. 79), interrompendo-se com a pronúncia[75], e contando-se até o trânsito em julgado. Vale ressaltar, não havia a previsão da sentença condenatória como causa interruptiva.

Já a prescrição da execução, seguindo o artigo 80 do Código de 1890, tem como termo inicial justamente o trânsito em julgado ou o dia em que foi interrompida a execução: *a prescrição da condenação começa a correr do dia em que passar em julgado a sentença, ou daquele em que for interrompida, por qualquer modo, a execução já começada. Interrompe-se pela prisão do condenado.* E calcula-se, assim como a prescrição da persecução penal, com base na pena imposta na sentença. Além disso, já existe a previsão da interrupção da prescrição pela prisão do condenado, e o reinício da contagem diante da sua evasão (art. 80, parágrafo único, CP de 1890).

Ainda sobre o sistema prescricional no Código Penal de 1890, vale ressaltar, há a previsão, no artigo 81, da reincidência como causa interruptiva de ambas as modalidades prescricionais, relativas à persecução e à execução penal. Porém, como a seguir se mostrará, o sistema atual da Reforma da Parte Geral de 1984 coloca a interrupção, pela reincidência, apenas da prescrição da execução.

Adiante, o Decreto n° 4.780/23 altera o sistema prescricional em vigor no país. Enquanto o Código de 1890 não tinha previsão de imprescritibilidade, o artigo 53 estabelece que o crime de moeda falsa não prescreveria em tempo algum. Ademais, o Decreto traz duas novas causas de interrupção da prescrição: o despacho confirmatório da pronúncia e a

---

prática, jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 35.

[73] Id. Ibid., p. 35.

[74] Id. Ibid., p. 36.

[75] A jurisprudência passou a considerar o recebimento da denúncia como causa interruptiva, a partir do HC n° 2.684, RT 25/47, em 1918, tal como mencionado por SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da prescrição penal**: de acordo com as Leis n°s 9268/96 e 9271/96: doutrina, prática, jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 36.

decisão condenatória recorrível.

O Decreto n° 4.780/23 mantém a distinção entre as duas modalidades de prescrição da persecução e de prescrição da execução, mas altera o cálculo daquela primeira. Conforme o Decreto n° 4.780/ 23, a prescrição da persecução penal passa a tomar por base a pena cominada em abstrato para o crime e, na hipótese de apenas o réu recorrer, com base na pena imposta na sentença condenatória (art. 35).

Neste sentido, segundo o artigo 35 do Decreto n° 4.780/23, surge inequivocamente a prescrição intercorrente no direito brasileiro: após a sentença condenatória, a prescrição da persecução é calculada com base na pena imposta. Surge, ainda, a controvérsia sobre se a pena imposta na sentença condenatória poderia valer para o cálculo também do período transcorrido entre a data do fato e a da sentença.

Em outras palavras, indaga-se sobre se a utilização da pena aplicada na sentença se restringiria ao lapso temporal entre a data da sentença até a do trânsito em julgado ou se seria possível também uma retroação na contagem do prazo, desde a data da sentença condenatória para trás[76]. Diante de sentença condenatória em relação à qual a defesa interpõe recurso de apelação, mas a acusação não recorre, o Tribunal, o juízo *ad quem*, obedecerá à vedação à *reformatio in pejus*, e estabelecerá a pena imposta na sentença como a máxima numa possível condenação. O argumento favorável à prescrição retroativa é o de que o direito de punir do Estado, desde o início da persecução penal, corresponde à pena imposta na sentença condenatória[77]. Assim, se esta pena poderá ser usada para o cálculo da prescrição entre a sentença condenatória e o trânsito em julgado, também o poderá para o período transcorrido anteriormente à sentença. Deve o prazo prescricional, desde o início da persecução, subordinar-se a ela. Dessa forma, se o prazo da prescrição com base na pena em concreto já tiver transcorrido entre a data do fato e a da sentença condenatória, esta deixa de ser uma causa interruptiva, pois não se interrompe o que já está extinto.

Em seguida, a Consolidação das Leis Penais de 1932 (Decreto n° 22.213/32) mantém o art. 18: a prescrição da condenação começa a correr do dia em que passar em julgado a sentença ou daquele em que for interrompida, por qualquer modo, a execução já iniciada. Neste sentido, vale mencionar, o diploma manteve a nomenclatura já utilizada pelo Código de 1890, a qual se referia a *"extincção da acção penal e da condemnação"*. Quanto à questão da prescrição retroativa, persiste a controvérsia. No Supremo Tribunal Federal, sedimentam-se as duas já mencionadas posições, contrária e a favor à prescrição retroativa.

[76] SCHMIDT, Andrei Zenkner. Op.cit., p. 38.
[77] SCHMIDT, Andrei Zenkner. Op.cit., p. 39.

Entre os favoráveis à prescrição retroativa, encontravam-se os Ministros Orosimbo Nonato, Bento de Faria, José Linhares; entre os contrários, Laudo de Camargo, Castro Nunes, Goulart de Oliveira.

Adiante, no Código Penal de 1940, a prescrição recebe o tratamento de causa de extinção da punibilidade. Segundo a Exposição de Motivos do Código de 1940, optou-se pela rubrica tendo em vista o entendimento de que a prescrição corresponde à renúncia do direito de punir do Estado. Não se extingue propriamente o crime ou a pena, mas a punibilidade do fato.

Ao contrário da legislação anterior, tanto o Código de 1890 quanto a Consolidação das Leis Penais de 1932, que utilizavam a expressão *"extincção da acção penal e da condemnação",* o Código de 1940 opta por *"prescrição antes e prescrição depois do trânsito em julgado".*

O sistema prescricional no Código Penal de 1940 prevê claramente as duas modalidades prescricionais consagradas na ciência do direito penal: a prescrição da persecução penal e a prescrição da execução, tendo o trânsito em julgado como o marco distintivo. Quanto à primeira modalidade, a prescrição da persecução penal, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, calcula-se com base na pena em abstrato cominada ao delito, seguindo os prazos estabelecidos no artigo 109 do Código. Excepciona-se esta regra o artigo 110, parágrafo único, que prevê o cálculo da mesma prescrição da persecução penal, com base na pena em concreto.

Com efeito, o artigo 110, parágrafo único, do Código de 1940 aprofunda uma distinção iniciada pelo Decreto 4.780 de 1923 e mantida na Consolidação das Leis Penais de 1932, segundo a qual calcula-se a prescrição da persecução penal de modo diverso ao longo da persecução e do processo penal. Segundo Bitencourt[78], o Código teria adotado o princípio de que a pena concretizada na sentença, contra a qual o Ministério Público não interpõe recurso, é aquela que desde o início da persecução penal seria a mais justa - e a pena máxima em abstrato seria severa e injusta para servir ao cálculo da prescrição penal.

Assim, a prescrição da persecução calcula-se, desde o termo inicial, com base na pena cominada em abstrato pelo legislador, ao definir o tipo penal respectivo; porém, após a sentença condenatória em relação à qual apenas o réu interpõe recurso, calcula-se tendo em vista a pena aplicada na sentença (art. 110, parágrafo único). Segundo o dispositivo do Código Penal de 1940, "*a prescrição, depois da sentença condenatória de que somente o*

[78] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op.cit., p. 889.

réu tenha recorrido, regula-se também pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos". E é justamente com base na previsão do art.110, parágrafo único, que surge a fundamentação da prescrição retroativa.

Ademais, o termo inicial da prescrição da persecução penal é a consumação do crime (art. 111, I, CP). Em seguida, interrompe-se a prescrição com os eventos: o recebimento da denúncia ou queixa (art. 117, I, CP), a pronúncia (art. 117, II, CP), a decisão confirmatória da pronúncia (art. 117, III) e a sentença condenatória recorrível (art. 117, IV).

E, quanto à prescrição da execução penal, o artigo 110 estabelece que, depois do trânsito em julgado, o cálculo da prescrição se dá com base na pena imposta pela condenação, seguindo os mesmos prazos do artigo 109, mas acrescidos de um terço no caso de reincidência.

Neste ponto, vale mencionar, introduz-se no direito brasileiro uma distinção, segundo a qual o aumento de um terço do prazo prescricional pela reincidência se dá apenas no que se refere à prescrição da execução, mas não na prescrição da persecução penal. No direito anterior, previa-se o aumento do prazo para ambas as modalidades prescricionais. Sem razão a distinção.

Além disso, o termo inicial da prescrição da execução é definido pelo trânsito em julgado (art. 112), tal como já havia sido previsto no artigo 80 do Código de 1890 e mantido pelo Decreto 4.780/23.

Merece particular atenção o debate sobre a prescrição retroativa, que se inicia com o art. 35 do Decreto n˚ 4.780/23, mas se ressalta na vigência do Código de 1940. A propósito, a prescrição retroativa, invenção do direito brasileiro, não surge de expressa previsão legislativa, mas da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, desde o artigo 35 do Decreto n˚ 4.780/23, mas ganhando força, a partir da edição do artigo 110, parágrafo único, do Código de 1940. Embora tenha se iniciado na vigência do Decreto n˚ 4.780/23, há um aprofundamento da controvérsia, na jurisprudência do STF, quando da edição do Código Penal de 1940[79].

Após a edição do Código de 1940, surgem três interpretações[80] sobre o artigo 110, parágrafo único. A primeira entende que a prescrição não poderia retroagir à data da sentença condenatória. O dispositivo trata tão somente da prescrição superveniente ou intercorrente, a qual se dá, com base na pena aplicada na sentença condenatória da qual apenas o réu recorre, desde este momento até o definitivo trânsito em julgado. E o

[79] SCHMIDT, Andrei Zenkner. Op.cit., p. 42.
[80] SCHMIDT, Andrei Zenkner. Op.cit., 1997,

fundamento da prescrição intercorrente está na vedação à *reformatio in pejus*: se, diante de recurso apenas do réu, o Tribunal não pode agravar a pena, sinal de que aquela pena é definitiva, e deve ser utilizada desde a sua fixação para adiante.

Já a segunda interpretação é a de que o artigo 110, parágrafo único, admite não apenas a prescrição superveniente à sentença condenatória, mas também a prescrição retroativa, contada para trás, desde tal momento até o recebimento da denúncia.

E, por fim, a terceira interpretação admite, além da prescrição superveniente, a prescrição retroativa, contada para trás, desde a data da sentença condenatória até a data do crime

Tal como narra o seminal estudo de Nilson Vital Naves, em levantamento sobre a prescrição retroativa no STF, a posição inicial do Tribunal foi a de admitir a prescrição retroativa à data da sentença condenatória, sob o entendimento de que o artigo 110, parágrafo único, apesar de sua posição topográfica, referia-se à prescrição da persecução penal. Neste sentido, em 1946, ao apreciar o HC n° 29.370, o STF concedeu a ordem, expondo o entendimento de que o art. 110, parágrafo único, excepciona o art. 109: *"a razão do dispositivo legal é óbvia: se pelo recurso do réu não seria possível uma reformatio in pejus, a fixação da pena se torna definitiva, retroagindo para beneficiá-lo, como se fora a pena cominada na lei"*[81].

Em contrapartida, no período de 1946 a 1950, o STF fixou orientação inversa, no sentido de que admitir-se apenas a prescrição intercorrente ou superveniente, mas não a prescrição retroativa à data da denúncia. No H.C. 29.922, citado no trabalho de Nilson Naves, o voto do Ministro Hahnemann Guimarães deixou claro o entendimento do STF, no sentido de que o art. 110, parágrafo único, trata da prescrição superveniente, não havendo possibilidade de a prescrição retroagir para datas anteriores à sentença condenatória, a qual consiste em marco interruptivo[82]: *"A proibição da reformatio in pejus justifica que se conte o prazo pela pena imposta. Trata-se, porém, aqui, de tempo que se começa a contar a partir da sentença condenatória"*.

Em seguida, a partir da década de 1950, havia duas posições no STF sobre a prescrição retroativa, capitaneadas respectivamente, pelos Ministros Luiz Gallotti e Nelson Hungria. A primeira posição, defendida por Luiz Gallotti, afirmava a inadmissibilidade do efeito retroativo na prescrição penal. Segundo o artigo 117, §4°, do Código de 1940, a

---

[81] NAVES, Nilson Vital. O Supremo Tribunal Federal e o princípio da prescrição pela pena em concreto. **Revista Justitia**, n° 88, p. 285

[82] NAVES, Nilson Vital. *Op.cit.*, p. 286

sentença condenatória recorrível é causa interruptiva da prescrição. E, de acordo com o artigo 117, §2˚, a prescrição interrompida reinicia-se a sua contagem por inteiro, tornando-se inutilizado o prazo decorrido anteriormente à sua ocorrência. Diante da sentença condenatória da qual apenas o réu interpõe recurso, dizia o Ministro Gallotti, "*a pena concretizada passaria então, daí em diante, a reger a prescrição. Justifica-se assim o parágrafo único, pois sem ele, a prescrição continuaria, após a sentença recorrível, a reger pela pena em abstrato*"[83].

Em contrapartida, a posição de Hungria afirmava que, diante da ausência de recurso do Ministério Público, tendo em vista a vedação da *reformatio in pejus*, a pena concretizada na sentença corresponde ao direito de punir por parte do Estado desde o início da persecução penal. Na verdade, Hungria defendia o efeito retroativo da prescrição desde a sentença condenatória até o advento da última causa interruptiva, o recebimento da denúncia. Segundo o Ministro, "*se entre a última causa interruptiva e a sentença condenatória já decorreu tempo suficiente para a prescrição da pena in concreto, a sentença não é causa interruptiva, pois não se interrompe aquilo que já cessou ou já se consumou. O parágrafo constituiria, pelo menos, res dubia, devendo prevalecer, assim, o sentido mais benigno ao réu*"[84].

Como narra Nilson Naves, até os fins da década de 1950, o STF encontrava-se dividido entre as duas posições, oscilando as decisões nas duas orientações conforme a composição do Tribunal na ocasião do julgamento[85].

Porém, em 1960, com o ingresso dos Ministros Gonçalves de Oliveira e Victor Nunes, fortaleceu-se a posição de Hungria, tornando-se a posição majoritária. E a jurisprudência permaneceu neste sentido, mesmo após a saída de Hungria, e o ingresso dos Ministros Pedro Chaves e, adinate, Hermes Lima e Evandro Lins[86].

No ano de 1963, consagrou-se ainda, na jurisprudência do STF, ao apreciar o HC 40.003, da relatoria do Ministro Vitor Nunes leal, a aplicação da prescrição retroativa para o período entre o crime e o recebimento da denúncia[87]. No voto do Ministro Vitor Nunes Leal, expõe-se o entendimento dominante do Tribunal: a prescrição pela pena em concreto tem o efeito retroativo desde a sentença porque, se tiver ocorrido em data anterior a ela, deixa de ser causa interruptiva, porque não se interrompe o que já não existe mais; e, se se admite a

[83] NAVES, Nilson Vital. Op.cit., p. 287.
[84] NAVES, Nilson Vital. Op.cit., p. 287.
[85] NAVES, Nilson Vital. Op.cit., p. 287
[86] NAVES, Nilson Vital. Op.cit., p. 287.
[87] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op.cit., p. 893.

retroatividade da prescrição desde a data da sentença, pelas mesmas razões admite-se a retroatividade desde a data do recebimento da denúncia até a do delito[88].

Neste sentido, tendo em vista a consagração da prescrição retroativa na jurisprudência do STF, em sessão plenária de 13/12/1963, aprovou-se a o verbete de número 146 da súmula do Tribunal: *a prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.*

Adiante, promulga-se o Código Penal de 1969, o qual permaneceu por anos em *vacatio legis,* sem jamais ter entrado em vigor. No entanto, mencione-se, o artigo 111, §1˚ do Código mantinha o termo inicial da prescrição executória no dia em que transitar em julgado a sentença condenatória. Porém, o Código eliminava a prescrição retroativa[89], admitindo apenas a prescrição da persecução penal na modalidade superveniente à sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação (art. 110, §1˚, CP).

Curiosamente, o jurista encarregado pela elaboração do Código[90], Nelson Hungria, redigiu-o de maneira contrária ao que já havia defendido sobre a prescrição retroativa, quando Ministro do Supremo Tribunal Federal. O Código Penal de 1969 aboliu a prescrição da persecução penal com base na pena em concreto, *"que é tecnicamente insustentável e que compromete gravemente a eficiência e a seriedade da repressão"*[91]. Ademais, vale mencionar, o Código de 1969 reconhecia a imprescritibilidade de penas acessórias e dava a nomenclatura de "prescrição da ação" à prescrição da persecução penal, tal como se utilizava no Código de 1890.

Assim, de volta ao debate sobre a prescrição retroativa, na década de 70, já depois da edição do Código de 1969 e do enunciado 146 da súmula de jurisprudência do STF, a discussão no Tribunal mudou a sua feição, centrando-se na amplitude da prescrição retroativa. O entendimento mais conservador, defendido pelo Min. Luiz Gallotti, o qual, ressalte-se, permanecia contrário à prescrição retroativa, estabelecia a retroatividade da

---

88 Segundo o voto do Min. Vitor Nunes Leal, "*O recebimento da denúncia interrompe a prescrição, mas no pressuposto de que não se tenha consumado, tal como acontece com a sentença condenatória, para quem admito a prescrição pela pena concreta. Num e noutro caso, o que está em jogo é o efeito retroativo da prescrição, alcançando o período transcorrido anteriormente ao ato interruptivo. Se esse efeito retroativo se produz em relação à sentença condenatória, que interromperia a prescrição não consumada, o mesmo se deve dizer do recebimento da denúncia, que só interromperia a prescrição, quando ainda não verificada".* STF, HC 40.003, Plenário, rel. Min. Vitor Nunes Leal, 19.07.1963.

89 Sobre a prescrição retroativa, afirmava o ponto 37 da Exposição de Motivos do Código de 1969: *"Em matéria de prescrição, o projeto expressamente elimina a prescrição pela pena em concreto, estabelecendo que, depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, ela se regula, daí por diante, pela pena imposta. Termina-se, assim, com a teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto, que é tecnicamente insustentável e que compromete gravemente a eficiência e a seriedade da repressão".*

90 Após a sua elaboração, o Código de 1969 foi submetido à revisão final por Comissão integrada por Benjamin Moraes Filho, Heleno Cláudio Fragoso e Ivo d' Aquino.

91 Exposição de Motivos do Código Penal de 1969, n˚ 37.

prescrição, desde a sentença condenatória até a última causa interruptiva, o recebimento da denúncia. Nas palavras do Min. Gallotti, *"como entendo que a Súmula é errada, e tenho que me submeter a ela, não amplio o erro - fico no erro, mas não vou além dele"*[92].

Em seguida, publica-se a Lei 6.416/77[93], a qual derrogou o nebuloso artigo 110, parágro único, e, em seu lugar, acrescentou dois parágrafos com a redação ainda mais confusa[94]. Diz-se, redação confusa, pois faz referência à "*prescrição da pretensão executória"*, mas até então sempre se afirmou que a prescrição retroativa, fundada na pena imposta na sentença condenatória, é modalidade da prescrição que afasta a pretensão punitiva do Estado. Vale, neste ponto, ressaltar, o artigo 110, §1˚, faz referência a *trânsito em julgado para a acusação*, enquanto a súmula 146 referia-se a "quando não há recurso da acusação". Assim, com o §1˚, a prescrição retroativa pode ser reconhecida desde que sejam esgotados os meios cabíveis para novas impugnações, mesmo que a acusação tenha recorrido.

De todo modo, após o acréscimo, ao artigo 110, dos parágrafos 1˚ e 2˚, a jurisprudência do STF consolidou o entendimento de que o efeito retroativo da prescrição, após o trânsito em julgado para a acusação, dá-se até a data da última causa interruptiva, o recebimento da denúncia.

Em 1980, o Ministro da Justiça, Ibrahim Abiackel, designou duas Comissões para a revisão e atualização da matéria criminal: a destinada a elaborar o Projeto de Código de Processo Penal, através da portaria n˚ 359/80; e, também, a destinada a harmonizar o Código Processual com as normas do Anteprojeto de Código de Execuções, através da Portaria n˚ 839/1980[95].

E, em seguida, com o andar dos trabalhos de reforma da matéria criminal, ainda no ano de 1980, através da Portaria n˚ 1.403, nomeou-se Comissão para elaborar um anteprojeto de reforma do Código Penal, presidida por Francisco de Assis Toledo e integrada por Francisco Serrano Neves, Ricardo Antunes Andreiucci, Miguel Reale Júnior, Rogério Lauria Tucci, René Ariel Dotti e Hélio Fonseca. Em suma, note-se, o propósito era mais

---

[92] RTJ, 59/983.

[93] Mesmo antes da Lei n˚ 6.416/77, havia sido editada a Lei 6.016/76, prevendo expressamente a prescrição retroativa, mas não chegou a viger.

[94] Art. 110, §§1˚ e 2˚ ganharam a seguinte redação: "*§1˚. A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação regula-se, também, pela pena aplicada e verifica-se nos mesmos prazos. §2˚. 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."*

[95] SCHMIDT, Andrei Zenkner. Op.cit., p. 49.

amplo do que a revisão apenas da parte geral do Código Penal[96].

Assim, dividiu-se a reforma em duas etapas: a primeira destinada a reformar a Parte Geral do Código de 1940, o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais; e a segunda, destinada a reformar a Parte Especial do Código Penal e a Lei de Contravenções Penais.

Neste sentido, a Comissão encaminhou ao Ministério da Justiça Anteprojetos da Parte Geral do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de execuções Penais. Em seguida, após as alterações em Comissões Revisoras e debates em Conferências pelo país, foram convertidos em projetos definitivos, os quais, depois de enviados ao Congresso Nacional, converteram-se em lei os Projetos de Parte Geral do Código Penal e da Lei de Execuções Penais, respectivamente, as Leis n˚ 7.209 e 7.210.

A Reforma de 1984 manteve a prescrição da persecução penal com base na pena em concreto, nas modalidades superveniente e retroativa. Aliás, unificou-se o termo inicial da prescrição da executória com as modalidades da prescrição da persecução superveniente e retroativa da seguinte maneira: o artigo 110, caput trata da prescrição da execução e o artigo 110, §§1˚ e 2˚, tratando da prescrição intercorrente e retroativa. Todas as três modalidades - prescrição da persecução nas modalidades superveniente e retroativa e, ainda a prescrição da execução - com termo inicial a data do trânsito em julgado para a acusação.

Quanto à prescrição retroativa, o art. 110, §§1˚ e 2˚[97] deixam nítida a admissibilidade da prescrição retroativa tanto no período entre a sentença condenatória e o recebimento da denúncia quanto no entre o recebimento da denúncia e a prática do fato[98].

Ademais, a Reforma de 1984 modificou o termo inicial da prescrição da execução, que na legislação anterior era o trânsito em julgado, para o trânsito em julgado para a acusação. A mudança produzida pela Reforma de 1984 não produziu grande efeito na prescrição da execução porque, na época, o condenado não poderia apelar sem se recolher à

---

96 Id.Ibid.

97 A redação do art. 110, §§1˚ e 2˚ após a Reforma da Parte Geral de 1984 passou a dispôr: *"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. § 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; § 2º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa."*

98 A respeito do tema, afirma-se na exposição de motivos da Reforma da Parte Geral de 1984: "*Norma apropriada impede que a prescrição pela pena aplicada tenha por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia (§ 2º do artigo 100). A inovação, introduzida no Código Penal pela Lei nº 6 416, de 24 de maio de 1977, em prol de sua manutenção, o fato de que, sendo o recebimento da denúncia interruptiva da prescrição (artigo 117, I), uma vez interrompida esta o prazo recomeça a correr inteiro (artigo 117, § 2º)".* Assim, o art. 110, §2˚, deixa claro, "*a prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa"*.

prisão (art. 594, CPP). Não fazia diferença o termo inicial da prescrição da execução ser o transito em julgado ou o trânsito para a acusação, pois o condenado precisaria recolher-se à prisão para apelar.

A prescrição consiste na perda do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo. Entende-se na doutrina brasileira que o Estado tem um tempo autorizado por lei para perseguir o indivíduo que praticou o delito e, em seguida, aplicar-lhe uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Depois de uma condenação transitada em julgado, surgiria uma nova pretensão estatal, a chamada *pretensão penal executória*, destinada à execução da pena imposta na sentença. Portanto, o trânsito em julgado da sentença condenatória é o marco distintivo entre a pretensão punitiva e a executória.

Assim, de maneira correlata, também servindo o trânsito em julgado como o marco distintivo, existem no direito penal brasileiro duas modalidades prescricionais: a prescrição da pretensão punitiva, que consiste no prazo para o Estado perseguir o agente e aplicar uma condenação criminal; e a prescrição da pretensão executória, que é o prazo para aplicar a pena imposta pela condenação.

Ademais, a inovação legislativa prejudicial ao acusado, consistente no aumento do prazo prescricional ou na previsão de novas causas de interrupção, não alcança os fatos praticados antes da edição da nova lei. Em outros termos, a inovação legislativa prejudicial ao acusado, em matéria de prescrição penal, não terá efeito retroativo. O Brasil passou por diversas modificações no tema da prescrição que pioraram a situação do acusado e que, portanto, não poderão retroagir. A título de exemplo, em 2010, a Lei n° 12.234/2010 ampliou para (3) três anos o prazo prescricional dos crimes cuja pena máxima seja inferior a 1 (um) ano. Assim, por exemplo, em relação a crime cometido em 2009, antes da nova lei, o prazo prescricional é calculado com base na lei antiga, a qual terá ultra-atividade.

As especificidades do sistema prescricional em vigor, desde a Reforma da Parte Geral de 1984, debatem-se a seguir, de modo que não se justifica tecer maiores considerações neste ponto do trabalho.

3 SISTEMA PRESCRICIONAL BRASILEIRO

O Código Penal prevê regras gerais em matéria de prescrição, as quais são afastadas pontualmente por dispositivos penais previstos em legislação esparsa. Vale ressaltar, especificamente, a disciplina jurídica dos crimes falimentares[99]. Com o objetivo de manter a investigação do objeto deste trabalho, mencionam-se apenas as regras gerais, previstas no Código.

A prescrição penal consiste na perda do poder estatal de perseguir o criminoso através do exercício da ação penal ou da execução da pena imposta em sentença condenatória[100]. O conceito deixa nítida a distinção operada pelo modelo tradicional de prescrição, tradicionalmente observado nos países romano-germânicos[101], dentre os quais, o Brasil. Trata-se da distinção entre a prescrição da persecução e a prescrição da execução penal, consagrada no Código, a partir das expressões que se fazem sentir acima dos artigos 109, "*prescrição antes do trânsito em julgado"*, e do artigo 110, *"prescrição depois do trânsito em julgado"*[102].

Seguindo o modelo adotado no Brasil, a prescrição pode atingir todas as etapas da atuação do sistema de justiça criminal: antes do ajuizamento da ação penal, durante o curso do processo penal e, até mesmo, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Cuida a prescrição da persecução penal das duas primeiras etapas; e a prescrição da execução penal, da terceira etapa, posterior ao trânsito em julgado.

A prescrição da persecução penal, conhecida na doutrina como "prescrição da pretensão punitiva", refere-se ao poder estatal de ajuizar a ação penal, obter a sentença

---

[99] Nos crimes falimentares, a prescrição rege-se pelas regras previstas no Código Penal, mas com algumas especificidades destacadas pelo art. 182 da Lei n° 11.101/05. A primeira refere-se ao marco inicial da prescrição da persecução penal, o qual se dá no dia da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial (art. 182, *caput*, Lei n° 11.101/05). E a segunda diz respeito à interrupção do curso prescricional pela decretação da falência do devedor, na hipótese de o termo inicial ter sido a concessão da recuperação judicial ou a homologação do plano de recuperação extrajudicial (art. 182, parágrafo único, Lei n° 11.101/05)

[100] "A prescrição penal faz desaparecer o direito de punir do Estado (jus puniendi) ou o seu direito à execução da pena imposta (jus punitionis)". Cf. SOUZA, Artur de B. Gueiros; JAPIASSU, Carlos E. A. *Curso de direito penal: parte geral.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 557.

[101] O StGB elabora a mesma distinção nos §§78 e 79, os quais tratam, respectivamente, da prescrição da persecução penal (*Verfolgungsverjährung*) e prescrição da execução penal (*Vollstreckungsverjährung*). O mesmo ocorre, apenas exemplificadamente, nos códigos penais: espanhol (arts. 131 e 133), italiano (arts. 157 e 172) e argentino (arts. 62 e 65).

[102] Parte da doutrina refere-se às expressões *"prescrição da ação penal" e "prescrição da condenação penal",* as quais já foram, inclusive, utilizadas nos arts. 79 e ss. do Código Penal de 1890. REGIS PRADO, Id.Ibid., p. 829. Já outro segmento se utiliza da nomenclatura do Código Penal vigente, *" prescrição antes e após o trânsito em julgado".* SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal - Parte Geral**. 5ª Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 643.

condenatória e transitá-la em julgado. E, por sua vez, a prescrição da execução penal, conhecida por "prescrição da pretensão executória", trata do poder estatal de, após o trânsito em julgado, executar a pena imposta na sentença condenatória.

A distinção entre as duas modalidades prescricionais é imprescindível por duas razões. A primeira refere-se à pena utilizada para o cálculo do prazo. A duração da pena privativa de liberdade é o fator determinante para o cálculo de todo e qualquer prazo prescricional[103]. Porém, enquanto a prescrição da persecução penal toma por base tanto a pena cominada em abstrato quanto a pena aplicada em sentença condenatória, a prescrição da execução penal, apenas a pena aplicada.

Ainda quanto à pena utilizada para o cálculo do prazo prescricional, o sistema emprega tanto o cálculo com base na pena máxima cominada no tipo penal quanto o cálculo com base na pena aplicada. Na primeira, encontra-se a prescrição da persecução penal com base na pena em abstrato; e na segunda, a prescrição retroativa, a prescrição superveniente (art. 110, §1˚, CP) e, ainda, a prescrição da execução penal (art. 110, caput, CP).

Ademais, também justifica a dinstinção entre as duas modalidades a diversidade dos efeitos da causa extintiva de punibilidade que ocorre antes e após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Dessa forma, a prescrição da persecução penal, por ocorrer antes da formação da coisa julgada, não só isenta o réu de pena, como também impede a produção de qualquer outra medida penal em seu desfavor. Ocorrida a prescrição antes do trânsito em julgado, eliminam-se todos os efeitos do crime, como se este jamais tivesse sido praticado[104]. Caso já tenha sido proferida sentença condenatória, impede-se a produção de qualquer efeito desta contra o réu. Já a prescrição da execução penal, a qual ocorre após o trânsito em julgado, exime o réu de pena, mas não se impede a realização de efeitos secundários da sentença condenatória, tais como a reincidência (art. 63, CP), o dever de indenizar o dano na esfera cível, dentre outros[105].

Neste sentido, o sistema prescricional concilia - ao menos procura fazê-lo - proporcionalmente a culpabilidade, a pena e a prescrição. A culpabilidade serve como medida para a aplicação da pena justa ao cidadão; e a duração da pena, por sua vez, como a

---

[103] A duração da pena privativa de liberdade como fator para o cálculo do prazo corresponde a regra nos sistemas romano-germânicos, sendo utilizada, dentre outros, na Alemanha (§78, StGB), na Espanha (art. 131, CP). Excetua-se a França, que estabelece a variação do prazo com base na natureza da infração penal. A respeito, cf. PRADEL, Jean. **Droit pénal comparé**. 3ª Ed. Paris: Dalloz, 2008, p. 372.

[104] Id., p. 892

[105] NUCCI, Guilherme de Souza. Op.cit., p. 698; SOUZA, Artur de B. Gueiros; JAPIASSU, Carlos E. A. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

medida para o cálculo do prazo prescricional[106]. Assim, a prescrição com base na pena em abstrato realiza o princípio constitucional da proporcionalidade, já que prevê os prazos com base na gravidade em abstrato de cada tipo penal (art. 109, CP). Pena mais grave leva a prazo prescricional mais extenso; pena menos grave, prazo prescricional menor. Já a prescrição com base na pena em concreto, além de basear-se na proporcionalidade, já que o prazo é calculado com base na gravidade da duração da pena aplicada (art. 110, CP), conforma o prazo prescricional à individualização da pena e à culpabilidade de cada réu[107].

3.1 Imprescritibilidade

A primeira consideração necessária sobre a aplicação da prescrição penal refere-se à possibilidade de ocorrência de prescrição para o tipo penal em questão. Conforme narra Jean Pradel[108], há consenso, nos diversos sistemas penais, quanto à previsão de prazos prescricionais para delitos de menor gravidade. Todavia, no que toca aos delitos graves, há diversidade de soluções, havendo tanto sistemas que preveem a sua prescrição a partir de um tempo quanto aqueles que até mesmo sistemas penais que preveem a imprescritibilidade. Ademais, para as infrações mais graves, enquanto os Códigos do sistema romano-germânico têm como regra a admissibilidade da prescrição em prazos maiores, no sistema da *common law,* a imprescritibilidade é a regra, permitindo-se ao Estado a persecução do delito até a morte do seu autor[109].

O Brasil insere-se dentre os sistemas que estipulam a prescritibilidade das infrações penais como a regra, servindo a quantidade de pena cominada ou aplicada como medida não apenas da severidade da resposta penal, como também da extensão do cálculo do prazo prescricional[110]. E, como exceção à imprescritibilidade, sob a égide da Constituição de 1988, há dois casos em que a punibilidade do delito não é atingida pela prescrição: crimes de racismo[111] (art. 5°, XLII, CF), tal como definidos na Lei n° 7.715/1989, com as alterações da Lei n° 9.459/97; e a ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem

---

[106] HERSCHANDER, Herman. Lei n. 12.234 de 5 de maio de 2010: ofensa à individualização do prazo prescricional, em **Boletim do IBCCrim***,* ano 18, n. 212, julho de 2010, p. 7; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, *1*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 900.

[107] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op.cit., p. 899.

[108] PRADEL, Jean. Op.cit., p. 371.

[109] Id., p. 373.

[110] GUEIROS; JAPIASSÚ. Op.cit., p. 557.

[111] Cf. *Leading case*, no qual, em apertada síntese, ressaltou-se a imprescritibilidade do crime de racismo praticado pelo editor de livros de cunho discriminatório. HC 82424, Relator Min. Moreira Alves, Relator p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Plenário, julgado em 17/09/2003.

constitucional e o Estado Democrático (art. 5˚, XLIV, CF), definidos na Lei de Segurança Nacional (Lei n˚ 7.170/83).

De todo modo, a discussão mais relevante no país, no que concerne à imprescritibilidade, diz respeito à previsão do art. 366 do CPP, diante da recente Reforma da Lei n˚ 11.719/08. Segundo o dispositivo legal, na hipótese de réu citado por edital não comparecer em Juízo, e tampouco constituir advogado, suspendem-se o processo e o curso do prazo prescricional. Vale ressaltar, o art. 366 do CPP não apresenta prazo da suspensão da prescrição. Embora tenha havido precedente do STF[112] no sentido da admissibilidade da suspensão da prescrição, com base no art. 366 do CPP' por prazo indeterminado, vingou a tese de que se deve estabelecer limite para a referida suspensão.

Neste sentido, para que o prazo prescricional não se suspenda *ad aeternum,* consolidou-se o entendimento, consagrado no enunciado 415 da súmula do STJ, segundo o qual "*o período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada".* Apesar da confusa redação do enunciado, não se trata de definir a suspensão do prazo prescricional pelo tempo máximo da pena privativa de liberdade cominada para o tipo penal. Na verdade, há a paralisação do prazo pelo mesmo prazo da prescrição da persecução com base na pena em abstrato (art. 107 do CP) e, adiante, passa a correr normalmente o prazo prescricional.

3.2 Prescrição da persecução penal

Conforme o exposto, a regra no direito brasileiro é a prescritibilidade dos delitos. De modo que não se tratando de uma das mencionadas hipóteses de imprescribilidade prevista na Constituição da República, considera-se o delito prescritível. E o prazo prescricional se define pelo artigo 109 do Código Penal, com base na pena máxima aplicável para o respectivo delito, ou seja, a pena máxima cominada abstratamente ao tipo penal.

A primeira modalidade prescricional prevista no modelo brasileiro refere-se à persecução penal, também chamada de *"prescrição da pretensão punitiva"*[113], e no passado, chamada pelo art. do Código Penal de 1890, *prescrição da ação*. Contudo, não se trata de prescrição da ação penal, pois, se assim fosse, o instituto se resumiria à ação penal pública. Não é o caso. A prescrição afeta também os delitos considerados pelo Código como restritos à ação penal privada ou à ação penal pública condicionada à representação. Sendo que o

[112] STF, RE 460971-RS, rel. Sepúlveda Pertence, 13.02.2007, noticiado no Informativo 456 do Tribunal.
[113] SANTOS, Juarez Cirino dos. Op.cit., p. 643.

instituto jurídico desenvolvido para a função de fulminar o direito de ação privada ou de representação é a decadência (art. 103, CP).

Neste sentido, a prescrição da persecução penal é a perda, diante da passagem do tempo, do poder-dever de que o Estado dispõe para, deparando-se com a prática de determinado delito, disparar a persecução penal contra o seu autor, abrangendo: a instauração de inquérito policial, se necessário; o ajuizamento da ação penal; e uma sentença criminal condenatória transitada em julgado contra ele[114]. Ocorrendo a prescrição da persecução penal, não se pode praticar qualquer ato estatal, em matéria penal, destinado a constranger o acusado: tratando-se de inquérito policial, deve ser arquivado; e de processo penal, deve ser encerrado, declarando-se a extinção da punibilidade do acusado[115].

Após o cometimento do delito, utiliza-se o cálculo da prescrição com base na pena máxima cominada. Mas, a partir do momento em que a pena atinge o patamar máximo numa condenação, através do trânsito em julgado para a acusação, muda-se o parâmetro para calcular a prescrição: deixa de ser a pena cominada pelo legislador, e passa a se calcular com base na pena aplicada na sentença condenatória. A prescrição com base na pena em abstrato realiza o princípio constitucional da proporcionalidade, já que prevê os prazos com base na gravidade em abstrato de cada tipo penal. Já a prescrição com base na pena em concreto, além de basear-se na proporcionalidade, conforma o prazo prescricional à individualização da pena e a culpabilidade de cada réu[116].

Assim, considerando-se o cálculo diferenciado da prescrição da persecução penal, no direito brasileiro, há espécies desta modalidade. Isto significa que, no Brasil, a prescrição da persecução penal ou prescrição da pretensão punitiva é gênero, do qual são espécies: I)a prescrição pela pena em abstrato; II)a prescrição superveniente ou intercorrente; e III) a prescrição retroativa.

Neste sentido, a prescrição da persecução penal, no direito brasileiro, segue um modelo em níveis de concretização da pena[117]. O primeiro nível, chamado prescrição da persecução penal com base na pena em abstrato ou *prescrição da pretensão punitiva pela pena em abstrato* ou, ainda, *prescrição abstrata*[118]*,* toma por base a pena máxima cominada em abstrato no respectivo tipo penal, tem por termo inicial a consumação do delito e conta-

[114] Damásio define-a como a perda do "*poder-dever de punir no que tange à pretensão (punitiva) de o Poder Judiciário apreciar a lide surgida com a prática da infração penal e aplicar a sanção respectiva".* JESUS, Damásio E. de. Op.cit., p. 23.
[115] JESUS, Damásio E. de. Op.cit., p. 26.
[116] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op.cit., p. 899.
[117] SANTOS, Juarez Cirino dos. Op.cit., p. 646.
[118] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op.cit., p. 892.

se até a sentença condenatória. Tendo em vista que ainda não há uma pena imposta ao autor do crime, considera-se a pena máxima, referente ao respectivo tipo penal, a que uma possível condenação pode chegar[119].

No entanto, à medida em que a persecução penal avança no sentido do trânsito em julgado da sentença condenatória, o prazo prescricional passa a se calcular com base na pena imposta no caso em concreto. A prescrição intercorrente surge com a aplicação da pena na sentença condenatória, tem por termo inicial esta data e conta-se até o trânsito em julgado. E a prescrição retroativa surge com a aplicação de pena na sentença condenatória, tem por termo inicial esta data, mas se conta para trás no tempo, até à data do recebimento da denúncia. Ambas as modalidades prescricionais, a prescrição intercorrente e a retroativa, compõem o segundo nível.

Portanto, a diferenciação primordial a se fazer entre as modalidades de prescrição da persecução penal é que, enquanto a prescrição pela pena em abstrato toma por refer referência a pena máxima cominada ao delito, as demais tomam por referência a pena aplicada numa decisão judicial.

3.2.1 Cálculo com base na pena em abstrato

O prazo da prescrição da prescrição da persecução penal com base na pena em abstrato define-se pelo art. 109, CP, a partir do máximo da pena privativa de liberdade cominada para o delito respectivo, respeitadas as regras de modificação do prazo, tais como, a relativa à idade do acusado (art. 115, CP), posteriormente detalhadas. A título de exemplo, o prazo prescricional previsto para o crime de corrupção passiva (art. 317, CP) é de 16 (dezesseis) anos (art. 109, II, CP), tendo em vista a pena máxima de 12 (doze) anos; e para o crime de furto, 8 (oito) anos (art. 109, IV, CP), já que a pena máxima cominada é de 4 (quatro) anos (art. 155, CP).

Neste ponto, a indagação inicial refere-se à aplicação, para o cálculo da prescrição, das modificações da pena, tal como ocorre nas nas figuras qualificadas, nas causas de aumento e de diminuição, e também nas circunstâncias agravantes e atenuantes. Não há previsão expressa no Código Penal brasileiro, diversamente do art. 157 do Código Penal italiano, o qual determina a consideração do aumento máximo da pena estabelecido pelas

[119] Exemplo: diante da prática de crime de furto (art. 155, CP), considera-se a pena máxima, em tese, aplicável ao tipo penal, como 4 (quatro) anos; e, por sua vez, define-se o prazo prescricional em 8 (oito) anos (art. 109, IV, CP).

circunstâncias agravantes e a diminuição mínima, pelas circunstâncias atenuantes, na prescrição da persecução penal. Além disso, prevalece, na Itália, o entendimento[120] segundo o qual a prescrição da persecução penal, para efeito do cálculo da pena máxima, deve tomar em conta as particularidades do delito, incluindo, as agravantes e atenuantes.

Já na Alemanha, o §78, 4), StGB, determina o cálculo da precrição com base na pena máxima cominada para o delito, desprezando-se as circunstâncias legais que possam influenciar a pena.

Na Espanha, também se calculam os prazos prescricionais com base na pena máxima cominada ou aplicada para o delito, mas não há previsão expresa sobre a incidência das circunstâncias que alteram a pena. De todo modo, o entendimento majoritário determina o acréscimo das majorantes e minorantes, graus de execução da conduta e de participação[121].

No Brasil, há praticamente unanimidade[122] no sentido de que, enquanto se desprezam as circunstâncias agravantes e atenuantes no cômputo do prazo da prescrição penal, incluem-se as causas de aumento e de diminuição de pena. Trata-se de uma melhor individualização do crime praticado. A exceção diz respeito às hipóteses de concurso formal (art. 70, CP) ou de crime continuado (art. 71, CP; súm. 497, STF)[123]. Nestes dois casos, incide a causa extintiva de punibilidade sobre cada crime isoladamente (art. 119, CP), sem o acréscimo da causa de aumento. Pouco se comenta sobre a coerência no entendimento doutrinário, tendo em vista que, na oportunidade em que o Legislador dispôs sobre concurso de crimes, determinou o cálculo do prazo sem qualquer aumento na pena.

Tendo em vista que a prescrição da persecução penal com base na pena em abstrato se serve da pena máxima cominada ao delito (art. 109, CP), na hipótese de se aplicarem para o fato causas de aumento e de diminuição, observa-se a pena mais alta a que pode chegar possível condenação pela prática do delito. Assim, diante de causa de diminuição variável, faz-se incidir a menor redução possível; e, de causa de aumento variável, aplica-se a maior fração de aumento[124]. A rigor, este raciocínio se funda nos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena. Da mesma maneira em que a pena é proporcional à culpabilidade do indivíduo, também o prazo prescricional deve seguir a

---

120 GUARAGNI, Fábio. **Prescrição penal e impunidade**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 56.

121 Id., p. 65.

122 REGIS PRADO, Op.cit., p. 829. SOUZA, Artur de B. Gueiros; JAPIASSU, Carlos E. A. *Curso de direito penal: parte geral.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 562.

123 O art. 119, CP determina o cálculo do prazo prescricional, no concurso de crimes, individualmente para cada crime. Aplica-se, evidentemente, também ao concurso material (art. 69, CP), cuja pena se aplica de modo cumulado para os crimes, mas a matéria prescricional se aplica individualmente.

124 JESUS, Damásio E. de. Op.cit., p. 55. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op.cit., p. 892; REGIS PRADO, Op.cit., p. 830.

gravidade da pena. Por esta razão, o prazo recebe a influência das causas de aumento e de diminuição, de modo a obedecer as particularidades do caso concreto. Em suma, para considerar a pena mais alta possível numa condenação, considera-se o aumento máximo e a diminuição mínima. Excetua-se da regra a hipótese de concurso formal impróprio ou crime continuado.

Em contrapartida, agravantes e atenuantes - aplicáveis, em tese, ao fato – são afastadas, porque ambas apresentam *quantum* indeterminado a se acrescentar na segunda etapa da dosimetria da pena.

Ainda sobre o cálculo do prazo prescricional, debate-se sobre a hipótese de detração (art. 42, CP), a qual permite o desconto do período de prisão provisória da pena privativa de liberdade. Cogita-se do cálculo da prescrição com base na pena privativa de liberdade efetuado o desconto do período de prisão provisória. Contudo, prevalece o entendimento no sentido contrário, já que o instituto da detração serve tão somente para o desconto na execução da pena privativa de liberdade, e não se relaciona com o cálculo do prazo prescricional, o qual se dá com base na pena máxima prevista em abstrato no tipo penal ou a pena aplicada. Por esta razão, a jurisprudência do STF[125] afasta a contagem do prazo com base no desconto da pena provisória.

Portanto, a prescrição com base na pena abstrata se dá a partir da passagem do tempo sem o exercício da pretensão estatal dirigida à obtenção de sentença condenatória com força de coisa julgada, seguindo o prazo do art. 109, CP, calculado com base na pena máxima prevista para o tipo penal, e reduzido de metade a depender da idade do acusado (art. 115, CP).

3.2.1.1.Termo inicial

Tendo em vista que a prescrição se dá com a passagem do tempo, desde a prática do crime até o desenvolvimento da persecução penal, é imprescindível destacar o termo inicial da contagem do prazo. Há três dispositivos previstos no Código Penal para regular o termo inicial do prazo prescricional: o artigo 111, a respeito da prescrição da persecução penal com base na pena em abstrato; o artigo 110, §1˚, da prescrição intercorrente ou superveniente; e o artigo 112, da prescrição da execução penal.

No que se refere particularmente à prescrição da persecução penal com base na pena

[125] STF, HC 69.865-PR, 1ª T., rel. Celso de Mello, 02.02.1993. STJ, AgRg no RHC 44021-SP, 5ª T., rel. Gurgel de Faria, 10.06.2015.

em abstrato, a definição do termo inicial se dá (art. 111, CP): I) nos crimes consumados, pela data da consumação (art. 111, I, CP); II)no caso de tentativa, no dia em que cessa a atividade criminosa (art. 111, II, CP); III)nos crimes permanentes, no dia em que cessa a permanência (art. 111, III, CP); IV)nos crimes de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, na data em que o fato se torna conhecido (art. 111, IV, CP); V)nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, na data em que a vítima completa 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já tiver sido proposta a ação penal (art. 111, V, CP).

3.2.1.1.1 Crime consumado

A regra geral é o início da contagem no dia da consumação do delito (art. 111, I, CP). O prazo se inicia no momento do resultado formal ou material do delito[126]. A rigor, a lei aplicável para o cálculo da prescrição é a vigente no momento da ação ou da omissão, mas o prazo prescricional inicia-se quando da consumação do delito, o que nos crimes materiais, coincide com a ocorrência do resultado[127]. A exceção se dá na hipótese de a lei posterior à vigente ao tempo da ação ou omissão estabelecer situação que de alguma maneira beneficie a situação jurídica do acusado, tal como a fixação de menor prazo prescricional ou a eliminação de causa interruptiva. Assim, por exemplo, se determinado sujeito pratica uma ação ou omissão quando da vigência da Lei L^1, estabelecendo o prazo prescricional em 15 anos; mas, quando da ocorrência do resultado, e da consumação do delito, advém a lei L^2, ampliando o prazo prescricional para 18 anos. Neste caso, a lei penal aplicável será a lei L^1, vigente ao tempo da ação ou omissão (art. 4˚, CP), mas o termo inicial é o momento da consumação do crime (art. 111, I, CP).

A regra do termo inicial a partir da consumação do delito aplica-se mesmo nos crimes previstos no Código como submetidos à ação penal privada, em relação aos quais se prevê a decadência como causa extintiva da punibilidade (art. 107, IV, CP). A propósito, pouco se menciona sobre a incidência do prazo prescricional nos crimes submetidos à ação penal privada. Neste ponto, vale ressaltar, o termo inicial da prescrição se dá com a lesão ao bem jurídico, enquanto o curso do prazo decadencial se inicia com o conhecimento da lesão pela vítima. Assim, o prazo prescricional pode se iniciar mesmo antes do curso do prazo

[126] SANTOS, Juarez Cirino dos. Op.cit., p. 645.

[127] Embora a lei aplicável ao delito seja a vigente no momento da ação ou da omissão, desconsiderando-se o do resultado (art. 4˚, CP), o termo inicial da prescrição punitiva é o da consumação. cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op.cit., p. 894.

decadencial[128].

No entanto, o estabelecimento da consumação como termo inicial da contagem do prazo prescricional é um equívoco do Legislador, o qual, para corrigi-lo, prevê o fim do estado de permanência como termo inicial do prazo para os crimes permanentes (art. 111, I e III, CP). Na verdade, a persecução penal não se pode iniciar sem que o delito esteja efetivamente terminado, concluído. Por esta razão, o termo inicial não pode ser a consumação, mas a terminação do fato.

Na verdade, o mencionado equívoco está na confusão entre as etapas da consumação e da terminação do crime. A primeira se dá com o preenchimento de todos os requisitos do tipo penal, incluindo, a ocorrência do resultado, nos tipos de resultado; e a segunda, que pressupõe a primeira, ocorre com a conclusão do acontecimento relevante no tipo penal. A distinção torna-se nítida nos delitos em que a terminação ocorre num momento posterior à sua consumação, tal como é o caso dos delitos permanentes. Nestes, a consumação se dá com o preenchimento de todos os elementos típicos, mas a terminação ocorre apenas num momento posterior, em que já não mais existe a tipicidade penal.

De todo modo, tendo em vista que a previsão do art. 111, I, CP refere-se à data da consumação do delito como termo inicial, raciocina-se a seguir com este critério. Neste ponto, há a hipótese de a data de consumação não ter sido apurada, sequer a partir de trabalho pericial ou da declaração de testemunhas. Neste caso, resolve-se *in dubio pro reo*, notadamente, a partir da escolha da data mais favorável para o autor do delito[129]. Não se sabendo o dia do mês, trabalha-se com o primeiro dia; não se sabendo o dia do ano, trabalha-se com 1˚ de Janeiro.

3.2.1.1.2.Tentativa

Em seguida, se não se tratar de crime consumado, mas de tentativa, o prazo prescricional tem por termo inicial o dia em que cessa a ação ou omissão criminosa (art. 111, II, CP).

---

[128] Cf., na jurisprudência, a respeito do crime de calúnia (art. 138, CP). STJ, Resp 1416920, 6ª T., rel. Sebastião Reis Júnior, 05.05.2015.

[129] JESUS, Damásio E. de. Op.cit., p. 54

3.2.1.1.3 Crimes permanentes

> Caso: 01)Maria, empregada doméstica, logo após ser demitida do emprego, recebe a proposta de terceiro para a obtenção de aposentadoria no INSS, através da apresentação de documentos falsos que comprovam vínculos empregatícios inexistentes. Maria aceita a proposta, e recebe a primeira parcela do benefício em Julho de 1998, e assim, persiste recebendo-o até Setembro de 2009, quando a fraude é descoberta. Em seguida, o Ministério Público oferece denúncia contra Maria pela prática do crime previsto no artigo 171, §3˚, do CP, a qual é recebida em Setembro de 2010.
>
> Solução do caso 01): Tendo em vista que o o crime de estelionato contra a entidade previdenciária tem o prazo prescricional de 12 anos (art. 171, §3˚; art. 109, III, CP), contando-se a partir da data de suspensão do benefício pelo instituto da previdência, não houve a prescrição com base na pena em abstrato.

Nos crimes permanentes, a conclusão do fato não se dá com a realização dos elementos do tipo penal, pois a ação típica dispara determinado estado antijurídico, o qual se prolonga por um período de tempo, enquanto se mantiver a vontade delitiva do autor[130]. Assim, a consumação se estende enquanto permanecer o estado antijurídico. Após a cessação da permanência, encerra-se também a consumação, e o crime está terminado[131]. A vontade do autor pode interromper o estado antijurídico e, assim, terminar o delito. Exemplo: no crime de sequestro (art. 148, CP), o delito já está consumado quando se priva a vítima da liberdade; a consumação dura enquanto permanecer a privação de liberdade. Já no crime de invasão de domicílio, a entrada do autor já determina a consumação, a qual dura enquanto o autor permanecer no local protegido[132].

Já nos delitos instantâneos, a ação típica dirigida ao objeto material produz determinado estado antijurídico - o qual, em regra, é o resultado típico - provocando a consumação e a terminação do crime. Não há como a consumação se manter no tempo por vontade ou habilidade do autor[133]. Exemplo: lesão corporal (art. 129, CP) e dano (art. 155, CP).

A classificação entre delitos instâneos e permanentes repercute em diversos temas da dogmática penal, tais como, na coautoria e participação, as quais são admitidas, nos delitos permanentes, até a terminação do crime; enquanto nos delitos instantâneos, diante de ingresso de terceiro após a consumação, cogita-se de um tipo penal autônomo, tal como o

---

[130] ROXIN, Claus. **Strafrecht**, Allgemeiner Teil, vol. I, 4ª ed., München: Beck, 2006, p. 330.
[131] RENGIER, Rudolf. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 7ª ed. München: Beck, 2015, p. 54.
[132] ROXIN, Claus. *Op.cit.*, p. 330.
[133] ROXIN, Claus. Op.cit., p. 331.

favorecimento pessoal (art. 348, CP) e o favorecimento real (art. 349, CP)[134].

Além disso, a classificação repercute diretamente no tema da prescrição da persecução penal. Nos crimes permanentes, o termo inicial do prazo não se dá com a consumação, mas com a sua terminação. Por esta razão, disciplina o §78a, 1, do StGB, o termo inicial da prescrição da persecução penal, nos crimes permanentes, apenas com a terminação do crime - e não quando da sua consumação, a qual se estende no tempo.

Contudo, o art. 111, III, CP afirma, nos crimes permanentes, conta-se o prazo prescricional a partir do dia em que cessar a permanência. O dispositivo legal excepciona a regra prevista para a consumação, nos crimes instantâneos. Como nos crimes permanentes a consumação estende-se no tempo enquanto durar tal permanência, também a prescrição deve se iniciar a partir da sua cessação. Enquanto durar a permanência da ação criminosa, a prescrição não começa a correr. A rigor, nestes crimes, o termo inicial do prazo prescricional se dá com a terminação do fato, e não com a sua consumação.

Não obstante, inexiste regra prevista no Código Penal brasileiro específica para o termo inicial da prescrição penal no crime habitual, no qual há uma série de condutas separadas no tempo, mas unidas por um elemento subjetivo especial de habitualidade. O crime habitual é um crime único.

Assim, no que toca à prescrição da persecução penal, estende-se a mesma solução dada aos crimes permanentes, de modo a considerar o termo inicial a partir do momento em que cessar a habitualidade, o que se dá na prática do último ato. Neste sentido, o STF[135] considerou o termo inicial da prescrição no delito de gestão temerária a partir da prática do último ato.

> *"No caso concreto, o delito ocorrera entre junho de 1994 a março de 1995, e nos meses de outubro e novembro de 1996, sendo que a denúncia fora recebida em 24.07.2000. Considerou-se que, embora a reiteração se iniciara e, assim, ficara configurado o delito habitual, em junho de 1994, os atos posteriores não constituíram mero exaurimento, mas atos executórios que, juntamente com os demais, formaram um delito único."*

Além disso, ainda no que se refere aos crimes permanentes, há questões relevantes sobre a determinação do termo inicial da prescrição diante da realização do crime de lavagem de dinheiro (art. 1˚, Lei n˚ 8.613/98) e do crime de estelionato praticado

[134] Id.
[135] STF, HC 87987-RS, 1ª T., rel. Sepúlveda Pertence, 09.05.2006.

particularmente contra a Previdência.

Quanto ao crime de estelionato praticado contra a Previdência (art. 171, §3˚, CP), discute-se a sua classificação como delito instantâneo ou permanente, na hipótese de, através de meio fraudulento, o cidadão obter o benefício da instituição previdenciária e receber a vantagem econômica periodicamente, mês após mês. Porém, o art. 171, §3˚ não estabelece elementar típica específica sobre a extensão temporal da consumação, mas tão somente quanto ao sujeito passivo do crime, entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência. A rigor, a hipótese do recebimento período da vantagem pode se dar também no crime de estelionato simples, previsto no art. 171, *caput,* CP.

Neste sentido, parcela da doutrina[136] considera o crime de estelionato previdenciário de natureza instantânea, mas de efeitos permanentes. Assim, já haveria a consumação quando do recebimento da primeira parcela indevida; as parcelas posteriores constituem efeitos de um crime já consumado. Seguindo tal entendimento, o crime já está consumado com o recebimento da primeira parcela, e o termo inicial do prazo prescricional se dá neste momento da consumação (art. 111, I, CP).

Já outra parcela da doutrina[137] sustenta a sua natureza permanente, de modo que a sua consumação se estende no tempo e o termo inicial da prescrição se dá com o recebimento da última parcela da prestação previdenciária. No entanto, predomina na jurisprudência dos Tribunais Superiores[138] o entendimento de que se deve fazer uma distinção: para o beneficiário, supostamente segurado, que recebe mensalmente a parcela do benefício, trata-se de delito permanente; já para o terceiro que colabora para a prática do crime de estelionato, há crime instantâneo de efeitos permanentes. Ainda que haja o recebimento da última parcela, tem-se o crime como único. Em sendo o crime de natureza permanente, o termo inicial se dá no momento da cessação da permanência (art. 111, III, CP).

Entende-se, nesta oportunidade, a natureza permanente do crime de estelionato cuja vantagem se recebe periodicamente. Na hipótese de o crime se dirigir contra a instituição previdenciária, para a obtenção do benefício, a vantagem indevida não está nas parcelas

---

[136] NUCCI, Guilherme de Souza. Op.cit., p. 1050.

[137] Há ainda autores que consideram o crime de estelionado, cuja vantagem se recebe periodicamente, um crime continuado. Assim, a cada recebimento da vantagem, consuma-se novo crime de estelionato. Enquanto na primeira parcela a vantagem indevida pode consistir numa conduta comissiva, nas demais, o segurado permanece em silêncio, mantendo a instituição previdenciária em erro. Neste sentido, cf. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 187.

[138] STF, HC 112.095-MA, rel. Cármen Lúcia, 2ª Turma, 16/10/2012; STJ, AgRG no REsp 1112184-RS, 6ª T., rel. Rogerio Schietti Cruz, 24/03/2015; STJ, AgRG no REsp 1.264.903-SE, 5ª T., j. 26/06/2012

auferidas mês após mês, mas no próprio benefício previdenciário. O pagamento do benefício parcelado, realizado mês após mês, estende a consumação do crime de estelionato.

3.2.1.1.4 Crimes de bigamia e de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil

> Caso 02) Isabella, com o desejo de ser mãe, propôs a Ludmila, já na quinta gravidez, que, em troca de razoável quantia financeira, entregasse-lhe a criança. Após recebê-la, Isabella registrou a criança como se o filho fosse seu. Isabella manteve o fato absolutamente em segredo, sem que terceira pessoa tivesse conhecimento. Porém, cerca de 20 (vinte) anos após o fato, Ludmila se arrepende, e oferece notícia crime à Autoridade Policial. O crime de dar parto alheio como próprio, praticado por Isabella (art. 242, CP), já está prescrito[139]?
>
> Solução caso 02) Tendo em vista que o fato manteve-se em sigilo, inicia-se o prazo prescricional apenas após o fato tornar-se conhecido pela Autoridade Policial, com o oferecimento da notícia crime (art. 111, IV, CP).

Nos crimes de bigamia e de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, o termo inicial da prescrição é a data em que o fato se torna conhecido para a autoridade pública, excepcionando-se a regra do início do prazo prescricional na consumação do delito (art. 111, IV, CP). A regra especial aplica-se, por exemplo, aos crimes de dar parto alheio como próprio (art. 241, CP) e de registrar como seu o filho de outrem (art. 242, CP). Diante da previsão legislativa, surge a indagação sobre no que consiste este *tornar-se conhecido.* Haveria aqui duas possibilidades: a primeira é considerar o termo inicial na data em que o fato se tornar conhecido formalmente para a autoridade pública que exerça uma função de persecução penal, como o delegado de polícia, através de um mecanismo formal, tal como uma *notitia criminis*; e a segunda é já considerar conhecido o fato notório para a coletividade. Em se optando pela primeira interpretação, poderia ocorrer mais uma hipótese de imprescritiblidade não prevista por lei. Portanto, presume-se o conhecimento da autoridade pública, nos casos em que as circunstâncias denotam a notoriedade do fato ou no uso ostensivo do documento falso.

Com efeito, admite-se a contagem da prescrição a partir do momento em que aquele fato se tornar notório na comunidade, de maneira a presumir o conhecimento da

---

[139] Exemplo: falsificação de uma certidão de nascimento, e o seu uso ostensivo por décadas a fio, sem que autoridade alguma tome conhecimento formal. cf. JESUS, Damásio E. de. **Prescrição penal**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 53.

autoridade[140]. Assim, também se justifica o mesmo entendimento nos crimes de falso, já que também nestes casos pode ser difícil precisar o momento da falsificação do documento, devendo ser considerada a data em que este se torna notório para o mundo jurídico[141].

3.2.1.1.5 Crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes

Através da Lei n° 12.650/2012, o legislador acrescentou o inciso V ao artigo 111, o qual estipula exceção à contagem da prescrição penal punitiva a partir da consumação do delito. Nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, em regra, o início do prazo prescriconal não se dá com a data da consumação do crime, mas com a data em que a vítima completa 18 anos, salvo se a este tempo já houver sido proposta a ação penal (artigo 111, V, do CP). Trata-se de previsão salutar, acompanhando o direito comparado, como é o caso da Alemanha, da França, da Espanha, dentre outros ordenamentos jurídicos[142]. Antes da edição da Lei 12.650/12, contava-se a prescrição para estes crimes seguindo a regra geral, a partir da data da consumação. Neste caso, novamente, excluem-se do alcance da lei os crimes praticados antes da sua edição, pois a modificação legislativa teria efeito retroativo prejudicial ao acusado[143].

Com efeito, justifica-se a regra, nos crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes, porque, embora sejam considerados de ação penal pública incondicionada (art. 225, parágrafo único, CP), trata-se de crimes que, no mais das vezes, acontecem entre quatro paredes, e submetem a criança ou adolescente, infelizmente, ao desejo de manifestação de vontade do responsável. Então, a *ratio* do artigo 111, V, do CP é a de estipular data seguindo a maioridade penal, em que o indivíduo já tem capacidade de autodeterminação[144]. E, segundo o legislador, a partir de 18 anos, o ser humano já é capaz de tomar, sozinho, alguma providência a respeito do fato praticado.

Entretanto, se os responsáveis pela criança ou adolescente tomarem providência antes da sua maioridade, noticiando o fato à Autoridade Policial, surge a dúvida sobre o termo inicial do prazo prescricional. A dúvida reside na interpretação da expressão *nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em*

---

[140] NUCCI, Guilherme de Souza. Op.cit., p. 712.
[141] No sentido do texto, SOUZA, Artur de B. Gueiros; JAPIASSU, Carlos E. A. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 570. Cf. STJ, RHC 1122, Rel. Min. Assis Toledo, 5ª T., DJ 17/06/1991.
[142] PRADEL, Jean. **Droit pénal comparé**. 3ª Ed. Paris: Dalloz, 2008, p. 373.
[143] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op.cit., p. 913.
[144] NUCCI, Guilherme de Souza. Op.cit., p. 712.

legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal (art. 111, V, CP). Logo, o Código meramente prevê exceção, mas sem esclarecer o termo inicial.

Alguns autores, como Cezar Roberto Bitencourt[145], apontam que, na hipótese de a ação penal ser proposta antes de a vítima completar 18 (dezoito) anos, a prescrição se iniciaria na data do recebimento da denúncia. Isto porque se considera *proposta a ação penal* quando esta for, além de ajuizada, recebida pela Justiça, de modo a se reconhecer como fundada em justa causa[146]. No entanto, este não é o melhor entendimento, já que no Código Penal brasileiro a data do recebimento do denúncia é causa de interrupção da prescrição (art. 117, I, CP). Outra solução seria estipular o termo inicial a partir da data do oferecimento da denúncia. Assim, na hipótese de *notitia criminis* do delito antes de a vítima do crime sexual ter os dezoito anos, a prescrição se iniciaria com o oferecimento da denúncia, e seria interrompida logo após, com o seu recebimento. Porém, em momento algum, há a previsão, no Código, do recebimento da denúncia como termo inicial do prazo prescricional. E, a respeito do oferecimento da denúncia, sequer é mencionado no sistema prescricional brasileiro. Assim, correto seria considerar, diante do ajuizamento da ação penal antes de a vítima completar dezoito anos, o termo inicial através da regra geral, que é a data da consumação do delito (art. 111, I, CP).

3.2.2 Cálculo com base na pena em concreto

Explicou-se, ao longo do Capítulo 2) deste trabalho, a formação da prescrição pela pena em concreto no direito brasileiro, desde a previsão inicial e expressa do art. 35 do Decreto 4.780/1923 até os dias atuais, de modo que não há necessidade de repeti-la, mas de pontuar o seu funcionamento no direito vigente.

A prescrição da persecução se vale de cálculo diferente ao longo do processo penal. Desta maneira, surgem espécies, que são a prescrição pela pena em abstrato, a prescrição retroativa e a prescrição intercorrente. A primeira, já esclarecida neste trabalho, toma por base a pena máxima *cominada* ao delito; enquanto a segunda e a terceira, a pena *aplicada* pelo Juízo, tendo ligação com a inalterabilidade da pena máxima aplicável ao autor do fato, à medida em que ocorre o trânsito em julgado para a acusação.

Há determinado ponto no processo penal em que se pode ter a certeza de que a pena

[145] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op.cit., p. 912.
[146] Id., p. 913.

mais alta que o acusado pode sofrer não é a cominada abstratamente pelo legislador, mas a aplicada pelo Juízo. No momento em que a sentença penal condenatória transita em julgado para a acusação, seja porque esta não interpõe o recurso seja porque o recurso é inadmitido, já se pode considerar a pena imposta pelo Juízo como o patamar mais alto naquele processo penal. Trata-se da aplicação do princípio da vedação à *reformatio in pejus* (art. 617, CPP)[147]. É possível que esta pena seja diminuída, diante de recurso da defesa – mas não poderá mais aumentar.

Assim, no momento em que a sentença condenatória transita em julgado para a acusação, a prescrição da persecução penal não toma mais por referência a pena cominada ao delito, mas a pena aplicada pelo Juízo (art. 110 c/c 112, I, CP). Embora tenha o legislador, no artigo 110 do Código, utilizado a expressão *sentença condenatória*, é incontroverso que se toma a expressão num sentido mais amplo, como a *decisão judicial*, pois também é possível – aliás, mais frequente - que o acórdão condenatório transite em julgado. Portanto, a despeito da expressa previsão legal, a interpretação correta do artigo 110 do CP é a referência não só às sentenças do Juízo de primeiro grau, mas também aos acórdãos dos Tribunais.

O cálculo da prescrição da persecução com base na pena em concreto somente se torna possível após a existência de uma pena concretamente definida, a qual poderá servir como base para o cálculo da prescrição. E esta pena atinge o patamar máximo, não podendo mais ser aumentada, em duas hipóteses: I) quando, da decisão judicial, apenas a defesa interpõe recurso, mas a acusação se dá por satisfeita com a quantidade de pena arbitrada e II) quando o recurso da acusação é improvido.

Em ambas as hipóteses, quando o Ministério Público não interpõe mais recurso direcionado à quantidade da pena ou o seu recurso é inadmitido, mesmo que haja um prolongamento do processo diante da pendência de um recurso da defesa, a pena final não poderá ser maior do que aquela determinada na última decisão judicial. Trata-se de um princípio reitor do sistema recursal brasileiro, a vedação à *reformatio in pejus* (art. 617 do Código de Processo Penal), segundo o qual, se apenas o réu apelar da sentença, não poderá a pena ser agravada. É possível, inclusive, que o Tribunal dê provimento ao recurso do condenado para diminuir a pena, mas, com base no artigo 617 do CPP, a pena não poderá ser elevada em grau recursal sem que tenha havido recurso do Ministério Público.

Além disso, para o cálculo da prescrição pela pena em concreto, pouco importa tenha

[147] SOUZA, Artur de B. Gueiros; JAPIASSU, Carlos E. A. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 563.

a acusação recorrido em relação a outros segmentos da sentença, tal como quanto à substituição da pena privativa de liberdade pela pena de multa. Não havendo recurso do órgão de acusação em relação à quantidade de pena, tal como a aplicação de causas de aumento, trata-se de pena máxima que condenado poderá receber naquele processo.

Portanto, a pena concretizada que embasará o segundo nível da prescrição da pretensão punitiva surge exatamente quando a decisão judicial transitar em julgado para a acusação ou o recurso por esta interposto for improvido, pois nestas duas hipóteses já se pode utilizar aquela pena como parâmetro para calcular a prescrição da pretensão punitiva pela pena em concreto.

O cáculo da prescrição da persecução penal com base na pena em concreto se dá de duas maneiras. Na primeira, consagrada pelo nome de prescrição retroativa, conta-se para trás, com base na pena já concretizada na sentença transitada em julgado para a acusação (art. 112, I, CP): desde a data da sentença condenatória transitada em julgado para a acusação até a do recebimento da denúncia. A Lei n° 12.234/2010 suprimiu uma parte da prescrição retroativa, a qual se referia ao lapso temporal, olhando para trás, entre o recebimento da denúncia e a consumação do delito. Na segunda maneira de se calcular a prescrição com base na pena em concreto, chamada prescrição intercorrente ou superveniente, conta-se, para frente: desde o trânsito em julgado para a acusação até o trânsito em julgado.

Portanto, as duas modalidades da prescrição da persecução com base na pena em concreto, a prescrição retroativa e a superveniente, assemelham-se demasiadamente. A diferença reside no marco temporal: enquanto a prescrição retroativa refere-se a período passado, anterior à sentença condenatória, a prescrição superveniente, a período futuro, posterior a tal marco temporal[148].

3.2.2.1 Prescrição retroativa

> Caso 03) Em 2011, Ian recebe, por empréstimo, um exemplar dos *Comentários ao Código Penal* de Nelson Hungria de seu amigo Bruno. Porém, depois de levar o livro para sua casa, apropria-se do livro de Bruno como se dono fosse. Em 2015, o Ministério Público formaliza a denúncia, imputando a Ian o delito de apropriação indébita (art. 168, CP, pena de um a quatro anos), a qual é, meses após, recebida pelo Juízo. Contudo, apenas em 2019 sobrevém a sentença, na qual o Juízo condena Ian pela prática do crime de apropriação indébita, estipulando a pena mínima de <u>um ano</u> de reclusão. Em seguida, apenas a defesa de Ian interpõe o recurso de apelação contra a sentença, e o

[148] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op.cit., p. 910.

acórdão confirmatório da condenação de primeira instância vem a transitar em julgado em 2020.

Caso 04)Fábio e Izai, funcionários públicos, praticam um crime de corrupção passiva (art. 317, CP) em fevereiro de 1997. O Ministério Público oferece a denúncia, a qual é recebida em Julho de 1997, apenas contra Fábio. Em seguida, descobre-se a participação de Izai, de modo que se adita a denúncia para também incluir Izai. Profere-se a sentença em março de 1999, condenando-se ambos a pena de dois anos de reclusão, em relação à qual o Ministério Público não interpõe recurso de apelação. Vale ressaltar, Fábio, ao tempo do crime, tinha apenas 20 anos. Pergunta-se: o crime praticado por Fábio está prescrito?

A prescrição retroativa baseia-se em três requisitos: a inexistência de prescrição pela pena em abstrato, a sentença penal condenatória e o trânsito em julgado para a acusação ou improvimento de seu recurso[149]. Assim, verificando-se estes requisitos, examina-se o prazo prescricional, com base na pena aplicada, contando-se para trás, desde a data da sentença condenatória até o último marco interruptivo, o recebimento da denúncia (art. 117, I, CP).

Na verdade, a prescrição retroativa pode atingir os seguintes períodos, decorridos entre os marcos interruptivos do prazo: I)desde a sentença condenatória até o recebimento da denúncia; II)desde o recebimento da denúncia até a consumação do delito[150]; III)na hipótese de acórdão condenatório que reforma sentença absolutória, desde a data do julgamento do acórdão até o recebimento da denúncia.

No entanto, houve recente mudança a respeito da amplitude do efeito retroativo da prescrição. No direito penal brasileiro, a prescrição da persecução penal, a partir do trânsito em julgado da sentença, para a acusação (art. 112, I, CP), contava-se, primeiramente, para trás, desde a data da sentença condenatória transitada em julgado para a acusação até a do recebimento da denúncia; e, ainda, desde esta data até a da consumação do delito. Contudo, a Lei n° 12.234/2010 suprimiu uma parte da prescrição retroativa, a qual se referia ao lapso temporal, também olhando-se para trás, entre o recebimento da denúncia e a consumação do delito.

Com efeito, a Lei n° 12.234/2010 alterou o §1° e revogou o §2° do art. 110, do Código Penal brasileiro, para determinar que a prescrição retroativa não pode ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa (atual art. 110, §1°, CP). Assim, não se excluiu do direito brasileiro por inteiro a prescrição retroativa, mas apenas uma parte, a qual se referia ao lapso temporal entre a data do cometimento do fato e a do recebimento da

[149] SCHMIDT, Andrei Zenkner. Op.cit., p. 125.
[150] Como se esclarece adiante, período da prescrição retroativa extinto pela Lei n° 12.234/2010.

denúncia[151].

A respeito da mudança na prescrição retroativa, produzida pela Lei n° 12.234/2010, Cezar Roberto Bitencourt[152] defende a sua inconstitucionalidade. Aliás, é farta a crítica doutrinária à alteração produzida pela Lei n° 12.234/10[153]. Mas, no que se refere à constitucionalidade propriamente dita, segundo Bitencourt, a supressão de parte da prescrição retroativa afronta os princípios do não retrocesso ou da proporcionalidade e ainda da duração razoável do processo (art. 5°, LXXVIII, CF). Assim, ainda segundo Bitencourt[154], ao prever a imprescritibilidade dos crimes de racismo e de ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5°, XLII e XLIV, CF), a Constituição teria afirmado a regra de que os crimes são prescritíveis, não podendo a lei ampliar as hipóteses de imprescritibilidade e tampouco reduzir ou suprimir as modalidades prescricionais já vigentes no direito brasileiro. Por esta razão, seria inconstitucional a supressão de parte da prescrição retroativa.

Apesar da existência de opinião diversa, a prescrição penal tem um papel, como esclarecido anteriormente, de disciplinar a atuação das agências penais sem atraso. Logo, há uma íntima relação do instituto com o princípio da duração razoável do processo (art. 5°, LXXVIII, CF). Porém, a regulamentação dos prazos e das modalidades prescricionais é espaço de livre atuação do Legislador. A previsão constitucional se dá apenas no sentido de que os crimes de racismo e de ação de grupos armados contra o Estado sejam imprescritíveis (art. 5°, XLII e XLIV, CF). A rigor, a preocupação do Constituinte não foi a de ressaltar a prescritibilidade das infrações penais, mas de recrudescer o tratamento penal dessas duas formas de criminalidade mencionadas no art. 5°.

Não obstante, a prescrição retroativa se fundamenta em dois sentidos constitucionais. O primeiro, tal como qualquer modalidade constitucional, diz respeito à duração razoável do processo (art. 5°, LXXVIII, CF). E o segundo, mais relevante, trata da função de compatibilizar o prazo prescricional com o grau de culpabilidade do réu, a partir da

---

[151] SANTOS, Juarez Cirino dos. Op.cit., p. 647.

[152] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op.cit., p. 895.

[153] Para Roberto Delmanto Junior, *"Lamentamos que, sob o discurso de evitar a impunidade, em vez de se aparelhar a polícia e dela exigir eficiência, se tenha concedido verdadeiro estímulo à letargia policial, somado ao excesso de poder no tempo"*. em DELMANTO JUNIOR, Roberto. *A caminho de um Estado policialesco,* em *O Estado de São Paulo*, publicado em 02/06/2010, p. A2; DOTTI, René Ariel. *A inconstitucionalidade da Lei n. 12.234/10. Aberto mais um dos caminhos em direção ao Estado policialesco,* em *Informativo Migalhas,* 12.07.2010 disponível no site *http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI110904,61044-A+inconstitucionalidade+da+lei+1223410+Final.* Acesso em 08/10/2017.

[154] Id., p. 895.

individualização da pena operada na sentença condenatória[155]. A respeito desse segundo sentido, refere-se Damásio ao "princípio da pena justa": se o Ministério Público não recorre ou o seu recurso é improvido, significa que a pena imposta na sentença condenatória é a pena justa aplicável àquele crime, devendo servir de parâmetro para a prescrição desde a prática do fato.

Assim, a lógica da prescrição retroativa, refere-se à constatação de que, se há um novo patamar de pena máxima, diante da sentença condenatória transitada em julgado para a acusação, raciocina-se a prescrição com base nesta nova pena para toda a persecução penal, ou seja, tanto da sentença condenatória até o trânsito em julgado (prescrição superveniente) quanto da sentença para trás (prescrição retroativa).

Neste sentido, a prescrição retroativa tem uma característica fundamental: o prazo prescricional corre antes do evento interruptor, notadamente, a sentença condenatória na pena que se tomará por base no cálculo do prazo. Mais do que isso, o prazo corre antes de um dos seus pressupostos de existência, notadamente, a sentença condenatória transitada em julgado para a acusação. Assim, a causa interruptiva, a sentença, não interromperia o prazo prescricional, pois este já teria decorrido antes do evento processual que provoca a sua interrupção[156].

Na prescrição retroativa, conta-se para trás, no lapso temporal entre a sentença condenatória e o último marco interruptivo e, também, neste último marco interruptivo até a data do fato. Não há efetivamente diferença entre os dois lapsos temporais[157].

A rigor, por força do efeito disciplinador da prescrição, acima delineado, com muito mais razão, justifica-se a previsão da prescrição antes da formação do processo penal. Então, para além da justificativa de recrudescimento da persecução penal a partir da redução na generosidade conferida ao tratamento da prescrição penal, pouco se apresenta como fundamento para a alteração promovida pela Lei n˚ 12.234/2010.

Ademais, a exclusão de parte da prescrição retroativa, promovida pela Lei n˚ 12.234/2010, consiste em mais uma inovação legislativa prejudicial ao acusado, de modo que alcança apenas os fatos praticados a partir de sua entrada em vigor. Para fatos praticados até esta data, como a lei penal mais gravosa não pode ter efeito retroativo, continua a viger a lei penal anterior, a qual previa a prescrição pela pena em concreto entre a data do crime e a do recebimento da denúncia. Após a edição da Lei n˚12.234/10, a prescrição retroativa é

---

[155] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op.cit., p. 898.
[156] SANTOS, Juarez Cirino dos. Op.cit., p. 648.
[157] BOTTINI, Pierpaolo. Novas regras sobre prescrição retroativa: comentários breves à Lei 12.234/10, em **Boletim IbCCrim**. São Paulo, n. 211, 2010.

calculada, com base na pena concretizada na sentença transitada em julgado para a acusação, desde esta data até a do recebimento da denúncia.

Atualmente, no que se refere a fatos praticados a partir da edição da Lei n° 12.234/2010, há apenas um espaço temporal para se verificar a prescrição pela pena em concreto: entre a data do recebimento da denúncia e a da sentença condenatória. Já entre o cometimento do crime e o recebimento da denúncia, existe tão somente a prescrição pela pena em abstrato.

Portanto, a prescrição retroativa não foi extinta do ordenamento jurídico brasileiro. Houve, sim, uma diminuição no seu âmbito de abrangência, pois não mais se admite tal modalidade prescricional, contando-se para trás, desde a data do recebimento da denúncia até a da consumação do delito.

Ainda sobre a modificação legislativa, é importante discutir sobre o fundamento da prescrição retroativa. Prescrição se refere à perda de um direito em razão do decurso do prazo para seu exercício. Desta forma, a prescrição penal se refere ao tempo em que o Estado deixou de agir. Entretanto, a lei 12.234/10 extinguiu a parte da prescrição retroativa que se refere ao momento em que o Estado está inerte, mas manteve a parte que diz respeito à etapa processual, na qual o Estado está efetivamente agindo. Mais compreensível seria a existência da modalidade prescricional destinada ao tempo em que o Estado ainda não desenvolveu a persecução penal. Criar determinada modalidade de prescrição penal que não se presta ao tempo em que o Estado deixou de agir, mas justamente ao tempo em que o Estado agiu, desenvolvendo uma atividade persecutória através de um processo, é um contrassenso. Melhor seria cuidar da demora de um processo penal através de outro instituto, como o princípio da duração razoável do processo.

Resolução do Caso 3) Tendo em vista que após a sentença condenatória houve o trânsito em julgado para a acusação, pois apenas a defesa interpôs recurso, de modo que a quantidade de pena não poderia mais ser elevada. Assim, verifica-se a prescrição retroativa (art. 110, §1°, CP), com base na pena de um ano, contando-se para trás, desde a sentença condenatória, o decurso do prazo prescricional de 4 anos (art. 109, V, CP).

Resolução do caso 04) A sentença condenatória transitou em julgado para a acusação, permitindo o cálculo da prescrição retroativa pelo prazo de 4 anos (art. 109, V, CP), tendo em vista a pena de 2 anos. Contudo, o prazo da prescrição retroativa quanto a Fábio conta-se reduzido pela metade, tendo em vista a sua idade de 20 anos ao tempo do crime (art. 115, CP), chegando-se ao prazo de 2 anos. O aditamento à denúncia para inclusão de corréu não interrompe o prazo prescricional, o qual já fora interrompido para ambos, Fábio e Izai, pelo recebimento da denúncia (art. 117,§1°, CP).

Assim, em relação a Fábio, ocorreu a prescrição retroativa, no prazo de 2 anos, pelo decurso do prazo entre a sentença condenatória (março de 1999) e o recebimento da denúncia (julho de 1997).

3.2.2.2 Prescrição superveniente ou intercorrente

Caso 5) Ian é condenado a três meses de detenção pelo crime de lesão corporal (art. 129,CP), sendo a sentença publicada em 12/10/2014. A defesa interpõe recurso de apelação contra a sentença condenatória, mas o Ministério Público se dá por satisfeito com a decisão. Quando haverá a extinção da punibilidade de Ian, impedindo o Tribunal de apreciar o mérito do recurso?

A prescrição da persecução penal, calculada com base na pena em concreto, que tem por termo inicial a data da sentença condenatória e por termo final a do trânsito em julgado, chama-se prescrição superveniente ou intercorrente (art. 110, §1˚, CP)[158]. Enquanto a prescrição retroativa é anterior à sentença condenatória, a prescrição superveniente lhe é posterior.

Com efeito, há três requisitos para a verificação da prescrição intercorrente: a inocorrência de prescrição com base na pena em abstrato e de prescrição retroativa; a sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou improvido o seu recurso; e a passagem do tempo previsto no art. 109, CP, com base na pena aplicada na sentença.

Solução do caso 5): Como o Ministério Público não interpôs recurso contra a sentença, conta-se o prazo da prescrição da persecução penal pela pena por esta fixada, na modalidade da prescrição superveniente. Tendo a sentença fixado a pena de três meses de detenção, a extinção da punibilidade, pela prescrição, acontecerá no dia da véspera, nos três anos subsequentes, 11/12/2017, observando-se o prazo prescricional de 3 anos (art. 109, VI, CP). A partir desta data, o Tribunal não conhecer o mérito do recurso de apelação, o qual está prejudicado pela prescrição.

A aplicação da prescrição superveniente exige o trânsito em julgado para a acusação ou o seu recurso ser improvido. A rigor, trata-se de dispositivo correspondente ao art. 110, parágrafo único, da Redação Originária da Reforma de 1984, que subordinava a prescrição superveniente ao recurso exclusivo do réu. A propósito, o recurso da acusação que impede o

[158] A propósito, vale uma observação sobre a evolução da legislação brasileira. A previsão inicial da prescrição intercorrente surgiu no. Na redação originária do art. 110, parágrafo único, do Código de 1940, exigia-se, para a prescrição superveniente, que houvesse uma sentença condenatória da qual apenas o réu tivesse recorrido. Com a Reforma da Parte Geral de 1984, modificou-se a redação, para, no art. 110, §1˚, exigir-se o trânsito em julgado para a acusação. Recentemente, a Lei 12.234/10, com o objetivo de reduzir parte da prescrição retroativa, alterou o art. 110, §1˚, mas manteve a exigência de trânsito em julgado para a acusação.

termo inicial da prescrição superveniente é apenas aquele que trate da agravação da pena privativa de liberdade. Caso a acusação interponha recurso de apelação contra a sentença condenatória, visando à cassação do *suris,* a imposição de medida de segurança, agravação da pena de multa etc, ainda que haja o recurso, inicia-se o prazo da prescrição superveniente[159].

Neste sentido, o STJ [160]afirmou, ao apreciar sentença condenatória à pena de 2 anos de reclusão pela prática do crime de concussão, *"a sentença condenatória foi publicada, em mãos do escrivão, no dia 16 de junho de 1997, transitando em julgado para a acusação no que tange ao quantum fixado para a pena, eis que a apelação interposta pelo Ministério Público não visava o aumento de pena e sim a suspensão dos direitos políticos do ora paciente."*

Em contrapartida, pode haver a interposição do recurso de apelação contra sentença condenatória, por ambas as partes, defesa e acusação, e o acórdão confirmar a sentença, deixando a acusação satisfeita. Neste caso, o recurso da acusação foi improvido. Logo, o Tribunal pode reconhecer a prescrição superveniente à sentença. Neste caso, satisfaz-se o requisito "transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou improvido o seu recurso", estabelecido no art. 110, §1˚, CP. Deve o Tribunal, evidentemente, primeiro examinar o recurso da acusação e, em seguida, declarar a extinção da punibilidade, prejudicando o recurso de apelação interposto pelo réu[161].

Em contrapartida, também é possível que, diante de recurso da acusação com objetivo de agravar a pena, o Tribunal lhe dê provimento. Neste caso, o Tribunal está impedido de reconhecer a prescrição superveniente à sentença. Ainda não está satisfeito o requisito "trânsito em julgado da sentença condenatória ou o improvimento do seu recurso". Parte da doutrina[162] sustenta, ainda que, provimento do recurso da acusação somente impedirá o recurso da acusação, caso haja alteração do prazo prescricional. Sem razão a tese, pois, apesar de injusta a previsão, o requisito da prescrição superveniente é o improvimento do recurso (art. 110, §1˚, CP). No entanto, neste caso, há o trânsito em julgado para a

---

[159] JESUS, Damásio E. de. **Prescrição penal**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 44.

[160] STJ, RHC n˚ 10.905-SC, 5˚ Turma, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 04/03/2002. Porém, o STJ considera, diante da interposição de recurso especial ou extraordinário em face de acórdão, o início do prazo a partir desta decisão. A propósito, cf. RHC 4.080/MG, 6ª T., rel. Min. Ahemar Maciel, julgado em 11/11/1994, DJ 19/12/1994.

[161] JESUS, Damásio E. de. **Prescrição penal**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 44.

[162] Damásio de Jesus ressalta, *"Entendemos que o provimento do recurso da acusação somente impede o reconhecimento da PPP quando venha a alterar o prazo prescricional. Suponha-se que, condenado o réu a três meses de detenção, venha o Tribunal, em face de recurso da acusação, a elevar a pena em quatro meses. Não havendo alteração do prazo prescricional, pode ser aplicado o §1˚."* JESUS, Damásio E. de. **Prescrição penal**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 44.

acusação após o acórdão do Tribunal, impedindo-o de apreciar a prescrição superveniente.

A prescrição retroativa conta-se da data da sentença condenatória para trás; e a prescrição intercorrente conta-se desta data até o trânsito em julgado. Portanto, a prescrição intercorrente pode se dar entre a data da sentença condenatória e o trânsito em julgado; ou entre a data do acórdão e o trânsito em julgado. Assim, diante de um recurso da acusação em face da sentença condenatória, em relação ao qual o Tribunal dá provimento para aumentar a pena, o trânsito em julgado para a acusação se dá com o acórdão do Tribunal. De modo que é possível o decurso do prazo da prescrição superveniente ou intercorrente entre a data da sentença e a data do acórdão. Parte da doutrina designa *prescrição retroativa intercorrente*[163].

Neste sentido, tomando como exemplo uma sentença condenatória em relação ao crime de furto (art. 155, CP), estipulando a pena de 2 (dois) anos, surgem as seguintes hipóteses:

1)O Juízo profere sentença condenatória pelo crime de furto (art. 155, CP), estiuplando a pena de 2 (dois) anos. Em relação à sentença, o MP se dá por satisfeito com a condenação, mas a defesa interpõe recurso de apelação. Neste caso, a prescrição intercorrente se dará em 4 (quatro) anos, contados desde a data da sentença condenatória até o trânsito em julgado;

2)Modificando o exemplo anterior, além do recurso de apelação interposto pela defesa, o MP também apela contra a sentença condenatória, questionando a quantidade de pena. O recurso do MP é improvido pelo Tribunal. Neste caso, a prescrição intercorrente se dará em 4 (quatro), contados também desde a data da sentença condenatória até o trânsito em julgado. E o acórdão condenatório, proferido pelo Tribunal, não interrompe a prescrição, pois se considera meramente confirmatório;

3)Modificando novamente o primeiro exemplo, além do recurso de apelação interposto pela defesa, o MP apela contra a sentença condenatória, questionando o regime aplicado. O recurso do MP recebe provimento pelo Tribunal. Neste caso, mesmo tendo provimento o recurso, a prescrição intercorrente se dará em 4 (quatro) anos, contados também desde a data da sentença condenatória até o trânsito em julgado, sem a interrupção da prescrição pelo acórdão proferido pelo Tribunal.

[163] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 706.

3.2.3 Anulação de sentença

> Caso 6): Em 2000, João pratica o crime de furto (art. 155, CP) contra Fábio. Em 2001, o Juízo recebe a denúncia oferecida pelo Ministério Público. Em 2003, o Juízo de primeira instância condena João a 3 anos de prisão pela prática do crime de furto (art. 155, CP). A defesa interpõe recurso de apelação e concomitantemente impetra habeas corpus no Supremo Tribunal Federal, trazendo como fundamento a violação ao princípio da ampla defesa, pois o o tempo dado para cumprimento de ato processual de interesse da defesa era curto demais, porque a comarca era de acesso remoto. Em seguida, o STF anula o processo penal. Assim, o Juízo de primeira instância, ao se deparar novamente com o processo, não poderia aplicar pena maior do que a aplicada anteriormente. Fosse possível o aumento da pena, o instrumento processual do habeas corpus poderia prejudica-lo indiretamente. Por fim, em 2008, o Juízo condena novamente o acusado pelo crime de furto, estipulando a pena de 2 (dois) anos.

Uma vez proferida a sentença condenatória, com trânsito em julgado para a defesa, e, posteriormente, ao apreciar recurso de apelação interposto exclusivamente pela defesa, pode o Tribunal vir a anular o processo, ou a sentença. Neste caso, ao proferir nova sentença condenatória, não se pode agravar a pena imposta na primeira, em homenagem ao princípio *ne reformatio in pejus.* Pudesse a pena ser majorada, o instrumento processual manejado exclusivamente pela defesa prejudicaria o acusado. Neste caso, a pena cominada abstratamente ao delito fica limitada ao patamar imposto na sentença condenatória anulada[164].

> Solução do caso 6): a sentença anulada pelo STF não é causa interruptiva da prescrição. interrompe o prazo da prescrição. Se determinada sentença condenatória for anulada em grau recursal, perde a característica de causa interruptiva da prescrição. Assim, no caso mencionado, apenas a sentença condenatória posterior será considerada para tal fim. E entre a data do recebimento da denúncia, 2001, e a data da nova sentença condenatória, 2008, não se passaram os 8 (oito) anos referentes ao prazo da prescrição da persecução pela pena em abstrato do crime de furto (art. 155,CP c/c art. 109, IV, CP). Em seguida, a nova sentença condenatória aplica a pena de 2 (dois) anos, da qual apenas a defesa interpõe recurso de apelação. Em seguida, o Tribunal de Justiça confirma a sentença condenatória. Dessa forma, houve a prescrição retroativa entre a data da nova sentença condenatória (2008) e a data do recebimento da denúncia (2001).

[164] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume 1. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 662.

3.2.4 Oportunidade

> Caso 7): Em 2014, o Juízo de primeira instância profere sentença condenando Técio a 2 anos pela prática do crime de receptação (art. 180, CP), cuja consumação se deu em 2009, e o recebimento da denúncia, apenas em 2010. Ademais, o Juízo nota que, se o Ministério Público não oferecer recurso de apelação, haverá a prescrição da persecução penal com base na pena em concreto, na modalidade retroativa, contando-se para trás, desde a sentença condenatória até o recebimento da denúncia. Então, diante da sentença, o Juízo já reconhece a prescrição da persecução penal.

Indaga-se sobre o momento oportuno para reconhecimento da prescrição da persecução penal pela pena em concreto. Pode o Juízo de primeira instância reconhecer a prescrição da persecução penal, com base na pena em concreto, já ao proferir sentença? Ou deve o Juízo aguardar o julgamento pelo Tribunal, ao apreciar o recurso? O juízo de primeira instância não pode, ao proferir sentença condenatória, reconhecer a prescrição pela pena em concreto, já sob a cogitação da hipótese de a acusação não interpôr recurso de apelação para aumentar a pena. Ainda não sabe se a acusação oferecerá recurso com o objetivo de aumento da pena, e não se pode prever o futuro.

Assim, no caso 7), mesmo diante de constatação da probabilidade de ocorrência da prescrição retroativa, não pode o juiz, de imediato, reconhecê-la quando da prescrição retroativa quando da sentença condenatória, pois ainda não há a certeza sobre a apresentação de recurso por parte do Ministério Público, e tampouco se o Tribunal lhe dará provimento.

A oportunidade de reconhecimento da prescrição da persecução penal, com base na pena em concreto, é o trânsito em julgado para a acusação. E somente o haverá, quando, depois da sentença, o Ministério Público deixar de interpôr o recurso. Logo, quando da sentença condenatória, não deve o Juiz reconhecer a prescrição da persecução com base na pena em concreto.

Assim, em modificação ao caso 7), suponha-se que o Ministério Público, após lhe serem apresentados os autos do processo, apenas tome ciência da condenação, mas deixe de interpôr apelação. Neste momento, haverá os dois requisitos da prescrição pela pena em concreto: a pena concretizada numa sentença e o trânsito em julgado para a acusação. Assim, tendo em vista que o Juízo de primeira instância já havia proferido sentença, a princípio, não poderia fazê-lo de novo. No entanto, a posição dominante afirma que se admite, excepcionalmente, a nova sentença, para para extinguir a punibilidade do acusado, evitando desnecessário trâmite processual para o Tribunal. Ademais, o Juiz pode a qualquer tempo reconhecer causas extintivas de punibilidade (art. 61, CPP). Portanto, permite-se que

o juiz de primeiro grau reconheça a prescrição pela pena em concreto depois da sentença e depois do trânsito em julgado para a acusação, através de uma nova sentença que julgue extinta a punibilidade. Em seguida, após proferir nova sentença, o Juízo deve dar vista da decisão ao Ministério Público e à defesa, permitindo às partes oferecimento de recurso à nova decisão.

3.2.5 Prescrição antecipada?

Ainda no que diz respeito à prescrição da persecução penal, com base na pena em concreto, surgiu na prática forense um instituto conhecido pela alcunha de *prescrição pela pena em perspectiva* ou *prescrição virtual*[165] ou, ainda, *prescrição antecipada*[166]. Embora sem amparo em lei, não há unamidade sobre a admissibilidade da prescrição antecipada no direito penal brasileiro[167].

A prescrição pela pena em perspectiva consiste na constatação da prescrição de modo antecipado, através de um juízo hipotético de cálculo da prescrição da persecução penal, tomando como base a pena que provavelmente será aplicada pelo Juiz, posteriormente, ao proferir uma sentença condenatória. Assim, diante do cálculo hipotético do prazo prescricional, se tal lapso temporal já tiver decorrido após a consumação do crime, afirma-se antecipadamente a prescrição retroativa, a qual se teria dado desde a prática do fato até o recebimento da denúncia. Na verdade, vale ressaltar, a prescrição antecipada é o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa[168].

Tendo em vista que a prescrição retroativa toma por base a pena concretizada na sentença condenatória, o raciocínio da prescrição antecipada é, justamente, a elaboração de um juízo hipotético quanto à provável pena aplicável numa posterior condenação, e se

---

[165] GRECO FILHO, Vicente. A morte da prescrição retroativa virtual. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 18, n. 211, p. 8., jun. 2010; CONCEIÇÃO, Mário Antonio. O reconhecimento da prescrição virtual é meio válido para otimizar o funcionamento do serviço público jurisdicional no Juizado Especial Criminal?. MPMG Jurídico: **Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 4, n. 17, p. 55-56., jul./set. 2009.

[166] JAWSNICKER, Francisco Afonso. Prescrição penal antecipada. Curitiba: Juruá, 2004; BENEDETTI, Carla Rahal. Prescrição penal antecipada. São Paulo: Quartier Latin, 2009; SERPA. JULIANO. A prescrição penal antecipada como causa de extinção da punibilidade no direito penal brasileiro. **Revista da ESMESC**: Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, v. 15, n. 21, p. 141-170., anual. 2008.

[167] FAYET JÚNIOR; FAYET, Marcela; BRACK, Karina. **Prescrição penal**: temas atuais e controvertidos, doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, p. 155.

[168] FAYET JÚNIOR; FAYET, Marcela; BRACK, Karina. **Prescrição penal**: temas atuais e controvertidos, doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, p. 156.

verifica se já decorreu o lapso temporal[169].

No entanto, a discussão sobre a prescrição retroativa tinha maior fôlego diante da fórmula anterior da prescrição retroativa, a qual, pela redação do art. 110, §2˚, antes da alteração da Lei n˚ 12.234/10, aplicava-se no período entre a data do fato e o recebimento da denúncia. Tendo em vista que a inovação legislativa excluiu a parte da prescrição retroativa quanto ao período anterior ao recebimento da denúncia, o tema perde a sua relevância. Todavia, permanece o interesse acadêmico e, ainda, a aplicabilidade prática, diante de crimes praticados antes da vigência da alteração legislativa, já que a jurisprudência afirma a irretroatividade da inovação legislativa.

Neste sentido, a tese da prescrição antecipada tem fundamento na falta de interesse de agir estatal na ação penal, por inutilidade do processo[170]. Trata-se da falta de sentido prático de se ajuizar a ação penal, se ainda que advenha sentença condenatória, não for possível a execução, tendo em vista a prescrição da persecução penal. Na verdade, não haveria interesse de agir na ação penal pública que tem por objeto crime prestes a prescrever.

Admitindo-se a prescrição antecipada, na hipótese de o Ministério Público formular a denúncia na iminência da prescrição pela pena em abstrato ou diante de provável prescrição retroativa, ao invés de requerer o arquivamento do inquérito por falta de interesse de agir, sustenta-se ainda a possibilidade de rejeição da denúncia por carência de condição da ação[171].

Parte da doutrina admite, inclusive, a extinção da punibilidade, diante do reconhecimento da prescrição antecipada. Assim, diante do arquivamento do inquérito policial ou da rejeição da denúncia, com base na falta de interesse de agir para a ação penal diante da prescrição antecipada, haveria, ainda, a possibilidade de se declarar a extinção da

---

[169] Exemplo: o Juízo, ao se deparar com uma denúncia com base no crime de furto (art. 155, CP), cuja pena cominada é de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e verificando tanto a possibilidade de aplicação da pena mínima quanto o interregno de 4 (quatro) anos (art. 109, V, CP) entre a data do fato e a do recebimento da denúncia, rejeita-a, sob o fundamento da falta de interesse de agir a sustentar a ação penal, diante do reconhecimento antecipado da prescrição retroativa - antecipado à própria sentença condenatória.

[170] FAYET JÚNIOR; FAYET, Marcela; BRACK, Karina. **Prescrição penal**: temas atuais e controvertidos, doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, p. 161.

[171] No acórdão a seguir mencionado, assentou-se, *"Possível rejeitar a denúncia quando se verifica "a priori" o reconhecimento da prescrição em caso de eventual condenação".* TJRS, Apelação Criminal n˚ 70008739526, 5ª Câmara Criminal do TJRS, Rel. Des. Genacéia da Silva Alberton, j. 23/03/2005. Neste outro, afirmou-se, *"Se dos autos se percebe, desde logo, não ter resultado útil a ação penal pela impossibilidade da aplicação de eventual sanção, carece o Estado de interesse de agir. A previsão de que o processo não terá qualquer efeito prático a não ser o desperdício de tempo dos envolvidos e de recursos públicos, justifica a não movimentação da máquina judiciária com a rejeição da denúncia com fundamento no art. 43, III do CPP".* TJRS, Apelação criminal n˚ 70005745039, Câmara Especial Criminal do TJRS, Rel. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, j. 20/01/2004.

punibilidade (art. 107, IV, CP)[172]. A rigor, vale ressaltar, não se pode extinguir a punibilidade do acusado com base na prescrição antecipada, por falta de previsão legal. A discussão reside apenas na possibilidade de se admitir o arquivamento do inquérito policial ou a rejeição da denúncia, com base na falta de interesse de agir[173]. Assim, por exemplo, ao se deparar com inquérito policial, o Ministério Público constata que, embora os crimes objeto da investigação ainda não estejam prescritos com base na prescrição da persecução penal pela pena em abstrato (art. 109, CP), é bastante provável que, depois do oferecimento da denúncia, e se posteriormente advier sentença condenatória, reconheça-se a prescrição com base na pena em concreto aplicada pelo Juiz. Assim, o Ministério Público, com base no já mencionado juízo hipotético sobre a pena a ser aplicada, requer o arquivamento do inquérito policial com base na falta de interesse de agir. E, caso o Ministério Público formule denúncia, seria permitido ao Juízo rejeitá-la, com base na falta de interesse de agir.

No entanto, refuta-se a prescrição antecipada, por uma série de razões. Em primeiro lugar, o Código Penal disciplina exaustivamente as regras gerais da prescrição penal, mas sem qualquer previsão do reconhecimento antecipado da prescrição retroativa. Tal argumento afasta a possibilidade de a prescrição antecipada constituir causa de extinção da punibilidade, mas não a de arquivamento ou rejeição da denúncia por falta de interesse de agir na ação penal[174].

Em segundo lugar, alega-se que o réu teria direito à sentença de mérito, e o reconhecimento antecipado da prescrição traduziria uma presunção de condenação e, por conseguinte, de culpa, no processo penal[175]. Porém, tampouco este argumento mostra-se sólido, já que o reconhecimento antecipado da prescrição não produz qualquer decisão contrária ao acusado. Não há uma condenação, mas tão somente a prognose de, face à condenação, qual seria a pena provavelmente aplicada[176].

Em terceiro, sustenta-se que o reconhecimento antecipado da prescrição afastaria os efeitos da sentença penal condenatória, impedindo o réu de buscar a execução na esfera

---

[172] LEMOS, Ricardo Teixeira. **Prescrição penal retroativa e antecipada face à competência**: doutrina e jurisprudência. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

[173] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 704.

[174] Francisco Afonso Jawsnicker, ao rebater o argumento sobre a falta de previsão legal da prescrição antecipada, menciona a criação da prescrição retroativa, que não se deu por lei, mas pela jurisprudência do STF. JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição penal antecipada**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 106.

[175] O argumento, nas palavras de Cezar Roberto Bittencourt, é que "*"decretar a prescrição retroativa, com base em uma hipotética pena concretizada, encerra uma presunção de condenação, consequentemente de culpa, violando o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5˚, LVII, CF)"*. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral*, 1*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 895.

[176] FAYET JÚNIOR; FAYET, Marcela; BRACK, Karina. **Prescrição penal**: temas atuais e controvertidos, doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, p. 176.

civil, para fins de reparação do dano causado pelo delito. Porém, trata-se de argumento insubsistente, já que somente se discute a prescrição antecipada, na hipótese em que o único desfecho provável para o processo é a prescrição pela pena em concreto obstar a sentença condenatória. Assim, não haveria título executivo para fins civis, mesmo que o processo chegasse a seu fim[177].

Em quarto, argumenta-se que o reconhecimento antecipado da prescrição afastaria o direito do réu à obtenção de sentença absolutória. Porém, tampouco este argumento pode prosperar, já que a prescrição penal, assim como qualquer causa de extinção da punibilidade, é matéria de ordem pública. Não é dado ao réu o direito de requerer a não aplicação das regras prescricionais, em nome de uma sentença absolutória[178].

A verificação da prescrição no processo penal impede o conhecimento do mérito da acusação, ou seja, impede que se profira sentença para absolver ou condenar o acusado[179]. Neste caso, deve-se proferir sentença para encerra-lo e reconhecer a extinção da punibilidade do acusado. Caso a defesa interponha recurso de apelação em face da sentença, pois, na sua opinião, sob o ponto de vista da moral, prefere ser absolvido a ter a punibilidade extinta por prescrição, deve o Tribunal não conhecer do recurso, pois este está prejudicado[180]. é moralmente mais favorável ser absolvido do exceto na hipótese de as provas apontarem para a sentença absolutória.

Não obstante, há três argumentos insuperáveis que apontam a inadmissibilidade da prescrição antecipada. Passa-se a narrá-los em ordem de importância. Primeiro, a prescrição retroativa exige sentença condenatória para a extinção da punibilidade (art. 110, parágrafo único, CP). Segundo, a ação penal pública é obrigatória, de modo a afastar a possibilidade, por parte do seu titular, de avaliar a conveniência ou o interesse no seu ajuizamento[181]. Não se pode, sem previsão legal, afastar a obrigatoriedade da ação penal pública sob a razão de utilidade do seu ajuizamento. E terceiro, a ação penal, diversamente da ação civil, permite a modificação, até momento anterior à sentença, da amplitude de seu objeto narrado na

---

[177] Ney Fayet Júnior esclarece, *"Tanto num momento, quanto em outro, a sentença condenatória não produz seus efeitos: num, porque atingida pela prescrição retroativa, nos moldes previstos no Código Penal; noutro, porque a sentença não foi prolatada e a pena que se considera para fins de cálculo de prescrição é apenas uma projeção e não há sentença de mérito condenatória".* FAYET JÚNIOR; FAYET, Marcela; BRACK, Karina. **Prescrição penal**: temas atuais e controvertidos, doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, p. 179.

[178] A prescrição é irrenunciável. Cf. JESUS, Damásio E. de. **Prescrição penal.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 27.

[179] JESUS, Damásio E. de. *Prescrição penal.* São Paulo: Saraiva, 2008, p. 27

[180] Determinava a súmula 241 do extinto TFR: *"A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva prejudica o exame do mérito da apelação criminal".*

[181] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal***, volume 1.* São Paulo: Saraiva, 2012, p. 388; JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**: estudos e pareceres. 12ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 115.

petição inicial. Assim, ao longo da instrução probatória colhida no processo penal, podem surgir provas que apontem para a nova definição jurídica do fato criminoso, aumentando a pena. E, diante do instituto da *mutatio libelli,* não se pode fazer uma prognose, quando do ajuizamento da ação penal, quanto à pena provável a se aplicar ao fim do processo.

Neste sentido, tendo em vista o entendimento dominante de rechaçar a prescrição em perspectiva. Assim, o STJ consagrou, no enunciado 438 da súmula da jurisprudência dominante do Tribunal, o entendimento de que *é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independente da existência ou sorte do processo penal.* Também o STF não admite o instituto da prescrição em perspectiva[182]. E, por fim, a 2ª CCR do MPF consagrou o enunciado: *inadmissível o reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição, considerando a pena em perspectiva, por ferir os primados constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e da presunção de inocência*.

3.2.6 Causa de suspensão

As causas de suspensão ou de interrupção modificam o curso do prazo prescricional, para promover, respectivamente, a sua suspensão ou interrupção. As causas suspensivas ou impeditivas da prescrição provocam o efeito da paralisação do prazo, de modo que o prazo não corre enquanto não advier determinado evento processual; e, em seguida, uma vez afastada a causa suspensiva, retorna-se a contagem do momento em que havia sido paralisado. Assim, diante de causa suspensiva, aproveita-se o prazo contado antes da paralisação. Portanto, as causas suspensivas diferem das interruptivas da prescrição, cujo advento provoca o efeito da recontagem integral do prazo, exceto no caso de início ou cumprimento de pena (art. 117, §2˚, CP).

No direito brasileiro, as causas suspensivas referem-se a eventos imprescindíveis para a definição sobre a existência do crime ou a aplicação da pena[183]. A primeira causa de suspensão da prescrição da pretensão punitiva é a questão prejudicial heterogênea, assim entendida como a questão a ser resolvida, em outro processo, de que dependa o reconhecimento da existência do crime (art. 116, I, CP). Assim, se no curso do processo penal surge determinada questão prejudicial à formulação do juízo de que determinado fato

[182] RE 602527 QO-RG, Relator Min. Cezar Peluso, julgado em 19/11/2009, public 18/12/2009.
[183] SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal,** Parte Geral. 5ª Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 652.

constitui crime, paralisa-se obrigatoriamente o processo penal, até que esta questão seja resolvida na outra esfera jurisdicional. Assim, por exemplo[184], no processo penal que tem por objeto a acusação do indivíduo por crime de bigamia (art. 235, CP), surge ação cível cujo pedido é justamente o de anular o primeiro casamento; tendo em vista a dúvida sobre a validade do casamento, o juízo criminal determina a paralisação do processo penal, para que o processo existente na esfera civil tome o seu curso. Suspendem-se o processo e a prescrição.

Seguindo a literalidade do art. 116, surgindo questão prejudicial que não importa para o reconhecimento da existência de crime no curso do processo penal, não provoca a suspensão da prescrição. Assim, por exemplo[185], diante da superveniência de doença mental do acusado, no curso do processo penal, instaura-se incidente de insanidade mental, de maneira a paralisar o curso do processo penal, mas sem suspender o prazo prescricional.

Além disso, o artigo 116, I, do Código Penal refere-se apenas à questão *não resolvida em outro processo,* sem deixar claro se também estaria paralisada a prescrição na hipótese de processo de natureza não jurisdicional, tal como é o caso de suspensão do processo penal em que se veicula acusação por crime de sonegação fiscal, para aguardar o julgamento de processo administrativo fiscal. O STF pacificou o entendimento, na súmula vinculante de n° 24, de que a suspensão da prescrição com base no artigo 116, I, somente se dá diante de processo judicial, e não de processo administrativo. No entender do Tribunal, a paralisação da prescrição, diante de questão nova surgida num processo administrativo, criaria uma situação de analogia *in malam partem*. Entretanto, não parece o melhor entendimento, já que se trata de interpretação sobre o alcance do dispositivo, e não de analogia.

A segunda causa de suspensão da prescrição é o cumprimento de pena no estrangeiro (art. 116, II, CP). A *ratio* da previsão legislativa é a de que o curso do processo penal contra o réu que cumpre pena no estrangeiro impede a prática de atos processuais, dentre os quais, a sua extradição[186]. Então, durante o cumprimento de pena no estrangeiro, paralisa-se o processo e, para que o sujeito não se beneficie do cumprimento da pena de crime por ele praticado, paralisa-se também a prescrição penal.

---

[184] Trata-se de exemplo tradicional na doutrina. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 721; REGIS PRADO, **Curso de Direito Penal brasileiro**.11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 831; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume 1. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 648; SOUZA, Artur de B. Gueiros; JAPIASSU, Carlos E. A. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

[185] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 721.

[186] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume 1. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 648; REGIS PRADO, **Curso de Direito Penal brasileiro**, 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 831.

Não obstante, além das causas suspensivas previstas no art. 116 do Código Penal, há também outras, previstas em dispositivos esparsos da legislação penal. Assim, há uma terceira causa suspensiva da prescrição no artigo 366 do Código de Processo Penal, cuja redação foi dada pela Lei n° 9.271/96[187]. Na hipótese de o acusado ser citado por edital, não comparecer em juízo para interrogatório e tampouco constituir defensor, suspende-se o processo e o curso do prazo prescricional.

E, para que a prescrição não fique indefinidamente suspensa, convencionou-se o entendimento, constante do enunciado 415 da súmula da jurisprudência do STJ, no sentido de que a suspensão será regulada pelo prazo de prescrição da pretensão punitiva, a partir das balizas do artigo 109 do Código Penal, com base na máxima pena privativa de liberdade cominada ao delito[188]. Porém, vale observar, o STF[189] tem precedente no sentido da ilimitação temporal da suspensão do processo, com bse no art. 366, CP. Logo, trata-se de orientação diametralmente oposta ao estabelecido na súmula do STJ.

A nova redação do art. 366, CPP, conferida pela Lei n° 9.271/96, trouxe a discussão - hoje, praticamente sem relevância - sobre a aplicação do dispositivo a delitos praticados antes da sua vigência. Tendo em vista que a suspensão do processo é uma matéria processual penal benéfica ao acusado, e a suspensão da prescrição é matéria penal material que lhe é prejudicial, duas soluções foram propostas. A primeira[190] sugere a combinação de normas penais, através da aplicação imediata apenas da suspensão do processo, pois se trata de matéria processual penal, em relação à qual observa-se o princípio *tempus regit actum;* mas, quanto à suspensão da prescrição, por se tratar de matéria de direito penal material, não se aplica para delitos praticados antes da sua vigência, em obediência à irretroatividade da lei penal mais gravosa (art. 5°, XL, CF).

No entanto, a solução acertada para a questão do conflito de leis no tempo é a de não aplicação do art. 366 para fatos anteriores à sua vigência[191]. Não se pode fracionar o

---

[187] Segundo dispõe o art. 366 do CPP, *"se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312"*.

[188] O enunciado 415 da súmula do STJ tem redação de pouca clareza: *"O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada"*. Na doutrina, cf. JESUS, Damásio E. de. *Notas ao art. 366 do Código de Processo Penal, com redação da Lei n° 9.271/96.* **Boletim IBCCrim**, n° 42, Edição especial, Junho de 1996;

[189] O precedente citado fora comentado anteriormente, neste trabalho. BRASIL, STF, Extradição 1.042, Plenário, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 19.12.2006.

[190] GOMES, Luiz Flávio. Da retroatividade (parcial) da Lei 9.271/96 (citação por edital). **Boletim IBCCrim**, n° 42, edição especial, Junho de 1996; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 1. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 917.

[191] Damásio de Jesus é taxativo, ao se referir ao art. 366, CPP: *"Deve ser, por isso, irretroativo por inteiro, não*

dispositivo, para a sua aplicação apenas em parte. A suspensão do processo, prevista no art. 366, CPP, é medida benéfica ao acusado, pois complementa o seu direito de autodefesa (art. 8˚, Convenção Americana de Direitos Humanos): enquanto o acusado não tomar ciência pessoal da acusação, deve o processo ficar suspenso. Porém, tendo em vista que não se pode prosseguir a persecução penal sem a citação pessoal do acusado, não se justifica a contagem de prazo prescricional. Assim, somente faz sentido suspender o prazo prescricional diante da suspensão do processo provocada pelo dispositivo.

Além disso, a quarta causa suspensiva da prescrição, também prevista no Código de Processo penal, diz respeito à hipótese, peculiar, de o acusado se encontrar no estrangeiro, em lugar sabido, ocasião em que deve ser citado através de carta rogatória[192]. Enquanto esta não for cumprida, o prazo prescricional permanece suspenso (art. 386, CPP).

Já a quinta causa suspensiva se dá na suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89,§6˚ da Lei n˚ 9.099/95, para crimes com pena mínima igual ou inferior a um ano. A lei n˚ 9.099/95 instituiu os Juizados Especiais Criminais e regulamentou medidas despenalizadoras, tais como a suspensão condicional do processo. Durante o período em que o processo estiver suspenso, não corre a prescrição (art. 89, §6˚, Lei n˚ 9.099/95). Do contrário, não disporia o Ministério Público do poder de prosseguir a persecução penal, diante da revogação do benefício.

A sexta causa suspensiva prevista no direito brasileiro dá-se na hipótese de suspensão do processo penal contra parlamentar, por voto da maioria dos membros da casa legislativa respectiva (art. 53, §5˚, CF)[193]. Após o recebimento de denúncia ou queixa contra Deputado Federal ou Senador, o Supremo Tribunal Federal confere a ciência da ação penal para a Casa respectiva, a qual, por iniciativa de partido político nela representado, poderá sustar o seu andamento através do voto da maioria absoluta de seus membros (art. 53, §3˚, CF). E, com a sustação da ação penal, suspende-se igualmente o prazo prescricional (art. 53, §5˚, CF). Trata-se de imunidade processual dos parlamentares, consagrada pela Constituição da República, mas reduzida pela Emenda Constitucional 35/2001[194].

---

se aplicando às infrações penais cometidas antes da vigência da Lei (art. 5˚, XL; art. 2˚, parágrafo único, CP)". em JESUS, Damásio E. de. *Notas ao art. 366 do Código de Processo Penal, com redação da Lei n˚ 9.271/96.* **Boletim IBCCrim**, n˚ 42, Edição especial, Junho de 1996.

[192] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume 1. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 649.

[193] TOURINHO FILHO, Op.cit., p. 649.

[194] Na redação originária do Texto Constitucional, o prazo prescricional permanecia suspenso, caso a Câmara ou o Senado indeferisse o pedido formulado para processar o Parlamentar ou, como era de costume, sequer deliberasse a respeito. A necessidade de licença da Casa Legislativa, para o recebimento de ação penal contra o Parlamentar traduzia verdadeira impunidade. A mesma solução estendia-se aos Deputados Estaduais (art. 27, §1˚, CF).

E, por fim, a sétima causa suspensiva da prescrição foi instituída pela recente Lei 12.850/13 (Lei das Organizações Criminosas). Ao disciplinar o instituto da colaboração premiada, não se fixou prazo para a negociação, mas foi prevista a possibilidade de determinação da suspensão do prazo para oferecimento de denúnica ou do já existente processo penal contra o colaborador, por até 6 (seis) meses, para que sejam cumpridas as medidas de colaboração, período no qual ficará suspensa também a prescrição (art. 4˚, §3˚, Lei 12.850/13).

3.2.7 Causas de interrupção

As causas de interrupção da prescrição referem-se a eventos relativos ao proceimento penal ou ao comportamento do condenado[195] que, uma vez ocorridos, fazem com que o prazo prescricional flua *ex novo et ex integro*: cancela-se o prazo prescricional já decorrido e conta-se integralmente o prazo a partir do momento da interrupção (art. 117, §2˚, CP). Assim, o prazo prescricional renasce por inteiro, tal como se o seu termo inicial fosse o momento da sua interrupção. Excetua-se desta definição o início ou continuação do cumprimento de pena, que, apesar de constituir causa de interrupção da prescrição da persecução penal, conduz à contagem do prazo, descontando-se o tempo já decorrido (art. 117, §2˚, CP).

O fundamento das causas interruptivas reside na ideia de que, se a prescrição penal aponta o desinteresse estatal no castigo ao longo do tempo, atos que demonstrem o interesse do Estado em perseguir o criminoso para condena-lo através de sentença e executar a pena conduzem à interrupção do prazo prescricional[196]. Por esta razão, interrompem a prescrição os atos de persecução penal com a finalidade de processar e condenar o acusado: a cada passo direcionado ao trânsito em julgado da sentença condenatória, reafirma-se o interesse

---

[195] A reincidência (art. 117, VI) interrompe tão somente a prescrição da execução penal, como se destacará a seguir.

[196] Fábio Guaragni menciona o "princípio da ação em movimento". Segundo o autor, *"Esta afirmação conduz, a contrario sensu, à conclusão de que o exercício de atos persecutórios destinados à apuração do fato e a punição do infrator demonstram a inequívoca intenção estatal de exercer seu direito de punir."* GUARAGNI, Fábio. **Prescrição penal e impunidade**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 73. No mesmo sentido, Aloysio de Carvalho Filho ressalta, *" Se a ação criminal prescreve, ou a pena, em vista da desnecessidade da repressão, pelo esquecimento em que o tempo vai envolvendo o crime, todos os atos praticados no sentido da punição do delinqüente, e reveladores do interesse do Estado nessa punição, devem, logicamente, interromper a prescrição penal."* CARVALHO FILHO, Aloysio de; ROMEIRO, Jorge Alberto. **Comentários ao Código Penal**: volume IV*, arts. 102 a 120.* 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 430.

estatal na persecução penal, e interrompe-se o prazo prescricional [197].

Com efeito, tal como os Códigos Penais Alemão[198] e Italiano[199], o Código Penal Brasileiro elenca rol de causas interruptivas da prescrição penal (art. 117, CP). Trata-se de rol taxativo inexistente em alguns ordenamentos jurídicos, tais como o Código Espanhol[200] e o Código Argentino[201], os quais preveem a interrupção da prescrição penal, respectivamente, quando se destina o procedimento contra o acusado e quando ocorrer a "secuela del juicio". Porém, a interrupção do curso do prazo prescricional é matéria que afeta diretamente o direito de liberdade do acusado, devendo, por esta razão, estar prevista taxativamente no Código Penal. Neste ponto, é elogiável a apresentação de rol taxativo no art. 117, CP[202].

Assim, são causas de interrupção da prescrição, no direito penal brasileiro (art. 117, CP): o recebimento da denúncia ou queixa, a pronúncia (crimes da competência do Tribunal do Júri), a decisão confirmatória da pronúncia, a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis, o início ou continuação do cumprimento da pena e a reincidência (art. 117, CP). Dentre as mencionadas, as quatro primeiras dizem respeito à prescrição da pretensão punitiva; e as duas últimas, à prescrição da pretensão executória (início ou continuação do cumprimento da pena e a reincidência). Ademais, a pronúncia e a decisão

---

[197] GUARAGNI, Fábio. **Prescrição penal e impunidade**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 73.

[198] §78C, StGB prevê extenso rol de causas interruptivas da prescrição, abrangendo atos do Ministério Público ou do Juiz: interrogatório judicial do acusado ou a sua ordem; o compromisso do perito, por juiz ou membro do Ministério Público; ordem judicial de busca ou sequestro e decisões judiciais que a mantenha; ordem de prisão, de internamento, de apresentação e decisões judiciais que as mantenham; propositura de ação pública ou apresentação de sua correspondente; instauração do processo penal; designação de data para a audiência de debate no processo acelerado; decreto condenatório ou outra decisão correspondente à sentença; arquivamento provisório do processo por causa de ausência do acusado; ordem judicial que publica para a segurança da prova no processo contra réu ausente ou conforme provisório arquivamento do processo; ordem de sequestro de patrimônio no processo contra réu ausente; pedido judicial para proceder a ato de instrução no Estado Estrangeiro.

[199] Art. 160, CP Italiano prevê o seguinte rol de causas interruptivas: sentença condenatória; a decisão judicial que aplica medidas cautelares pessoais e que convalida a prisão preventiva ou a prisão em flagrante; o interrogatório realizado pelo Juiz ou Ministério Público; o convite para se apresentar o Ministério Público, para realizar interrogatório; determinação do Juiz de designar audiência na Câmara do Conselho para a decisão sobre o pedido de arquivamento; a denúncia; designação da audiência preliminar; ordem que determina o juízo abreviado; decreto de designação de audiência para a decisão sobre o pedido de aplicação de pena; a apresentação ou citação para o Juízo; decreto que instaura o processo de rito imediato; decreto que instaura o processo; decreto de citação para o Juízo.

[200] o art. 132, II, CP espanhol, afirma, "La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena". Neste sentido, consideram-se, pela jurisprudência, os seguintes marcos interruptivos: reinício da atividade processual instrutora; pedido de extradição; reabertura do sumário para a prática de qualquer diligência dirigida contra o culpável; e a revelia. GUARAGNI, Fábio. **Prescrição penal e impunidade**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 78.

[201] art. 67, CP Argentino contempla, como causas interruptivas, a realização de outro crime e a *" secuela del juicio"*. Por uma crítica à abertura desta última expressão, cf., ZAFFARONI, Eugenio Raúl et. al. **Derecho penal**: parte general. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 904.

[202] Adiante, discute-se a interpretação da expressão *"pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis"* (art. 117, IV, CP).

confirmatória da pronúncia são exclusivas do procedimento do Tribunal do Júri.

Porém, no que toca ao rol do art. 117, CP, as causas interruptivas especificamente da prescrição da persecução penal consistem, sem exceção, em atos do procedimento penal e, mais ainda, atos decisórios da lavra do Juiz, já que a reincidência diz respeito apenas à prescrição da execução penal. Não há a previsão de interrupção da prescrição, por atos, contrários ao autor, que manifestem o interesse do Estado na persecução penal, através do órgão estatal encarregado da ação penal pública, o Ministério Público[203].

Além disso, cabe ressaltar, a anulação do marco interruptivo, por força de decisão judicial, elimina também o seu efeito de recontagem integral do prazo prescricional. Assim, a título de exemplo[204], se o recebimento da denúncia (art. 117, I, CP) é interrompido por força do julgamento de habeas corpus no Tribunal, a causa interruptiva perde o seu efeito de recontagem da prescrição do zero.

Porém, no que se refere à anulação da causa interruptiva por força de incompetência do Juízo, considera-se afastado o efeito da interrupção da prescrição apenas diante da incompetência absoluta. Em se tratando de anulação da causa interruptiva por incompetência relativa, mantém-se o efeito interruptivo[205].

Além disso, as causas interruptivas, excetuando o início ou continuação do cumprimento de pena e a reincidência, comunicam-se a todos os autores do delito (art. 117, §1˚, CP).

No entanto, o art. 117, CP, assim como a redação originária da Parte Geral de 1984, não estabeleceu distinção entre as causas de interrupção da prescrição da persecução e da execução penal. Por esta razão, a redação dá margem a equívocos imperdoáveis, tais como, pensar que a reincidência poderia interromper a prescrição da persecução penal, quando ocorrida antes do trânsito em julgado. Ou, ainda, entender que o recebimento da denúncia por crime diverso pode interromper a prescrição da execução penal.

Para afastar tais equívocos interpretativos, o Anteprojeto de Hungria disciplinou, em dispositivos diversos, as causas interruptivas da, por ele entitulada, prescrição da ação penal (art. 111, §5˚, Código Penal de 1969) e da prescrição da execução da pena (art. 112, §3˚, Código Penal de 1969). Desta forma, o início ou a continuação do cumprimento de pena são

---

[203] Sobre a crítica, cf., por todos, GUARAGNI, Fábio. **Prescrição penal e impunidade**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 92.

[204] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 722.

[205] Segundo Antonio Rodrigues Porto, *"quando o processo vem a ser anulado por incompetência do juízo, subsiste o despacho que recebeu a denúncia, por não ser ato decisório; em consequência, também subsiste a interrupção havida com aquele despacho. Somente no caso de incompetência absoluta é que esse despacho não terá efeito interruptivo"*. PORTO, Antonio Rodrigues. **Da prescrição penal**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 68.

destacados, em lugar próprio, para as causas interruptivas da execução da pena[206]. Trata-se de distinção também adotada nos arts. 125, §5˚, I e II e art. 126, §3˚, do CPM.

3.2.7.1 Recebimento da denúncia

A primeira causa de interrupção da prescrição é o recebimento da denúncia ou da queixa (art. 117, I, CP), o que se dá especificamente com a publicação da decisão em cartório[207].

Após a edição da Lei 11.719/08, que conferiu nova redação aos arts. 396 a 399 do CPP, discutiu-se sobre o momento de recebimento da denúncia, tendo em vista que o diploma, pareceu conferir dois momentos distintos para o ato processual, ao referir-se a ele nos arts. 396 e 399 do CPP. Trata-se de equívoco, diante da intenção da coincidência de a Comissão da Reforma processual de 2008 ter tido o objetivo de criar defesa preliminar antes do recebimento da denúncia, o que não foi aprovado pelo Congresso Nacional, o qual modificou a redação do art. 396 para inserir o recebimento da denúncia antes da manifestação da defesa.

Com efeito, considera-se o recebimento da denúncia e, por conseguinte, a interrupção do prazo prescricional, no momento processual definido no art. 396 do CPP, logo, antes de qualquer manifestação defensiva[208]. Isto se explica por, sobretudo, duas razões[209]: a primeira é que, em seguida ao recebimento da denúncia, há a citação do acusado, que o pressupõe; e a segunda, não se poderia falar em absolvição sumária sem o anterior recebimento.

Em contrapartida, se a denúncia for rejeitada pelo Juízo, a decisão de não recebimento não interrompe o curso do prazo prescricional. Neste caso, o prazo prescricional será interrompido apenas diante do recebimento da denúncia no Tribunal, após a interposição, por parte do Ministério Público, de interpuser recurso em sentido estrito (art. 581, I, CPP) contra a decisão do Juízo de primeira instância. Assim, o recebimento da denúncia se dará no Tribunal, e a data de recebimento será a data da sessão de julgamento.

Diante da estipulação do recebimento da denúncia como causa interruptiva da prescrição (art. 117, I, do CP), também se deve considerar a interrupção do prazo

---

[206] CARVALHO FILHO, Aloysio de; ROMEIRO, Jorge Alberto. **Comentários ao Código Penal**: volume IV, arts. 102 a 120. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

[207] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 723.

[208] FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 867.

[209] FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 867; LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5ª Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 1298.

prescricional pelo aditamento à denúncia. O aditamento da ação penal é o instrumento pelo qual o titular da ação penal, seja o Ministério Público seja o querelante, supre lacuna, amplia ou retifica a peça acusatória. A possibilidade de modificação da peça inicial é particularidade do processo penal, de modo a produzir efeitos também na interrupção do prazo prescricional.

No aditamento objetivo, o qual se caracteriza pela inclusão de fato novo na denúncia, o recebimento do aditamento interrompe a prescrição especificamente quanto ao fato novo, mas não em relação a fatos já descritos na denúncia, pois, em relação a estes, a prescrição já havia sido interrompida[210]. Já no aditamento subjetivo, destinado à inclusão de réu, não se interrompe a prescrição, pois esta já havia sido interrompida para todos os envolvidos no crime quando do recebimento da denúncia (art. 117, §1˚, CP).

Em contrapartida, o aditamento à denúncia que tão somente retifica a denúncia para corrigir erros materiais, modifica a capitulação jurídica do fato, ou, ainda, acrescenta circunstâncias que melhor descrevem o fato, mas não acrescenta fatos novos, não produz efeitos na interrupção da prescrição[211]. A razão é que, no aditamento objetivo, os fatos novos poderiam ser objeto de denúncia posterior, cujo recebimento provocaria a interrupção da prescrição. Mas, por razões de conveniência procedimental, elabora-se o aditamento à ação penal já em curso[212].

Porém, se, posteriormente ao aditamento objetivo, por ventura, ocorrer nova causa interruptiva da prescrição (art. 117, CP), haverá a interrupção para todos os delitos conexos que forem objeto do processo penal. A rigor, trata-se de previsão do artigo 117, §1˚, do CP, no sentido de que haverá a extensão da causa interruptiva relativa a um delito conexo desde que, quando da ocorrência da causa interruptiva da prescrição, já esteja incluído como objeto daquele mesmo processo. Assim, a título de exemplo, o recebimento da denúncia interrompe

---

[210] Neste sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral*, 1.* 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 921. Em sentido contrário: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 729. Segundo o autor, "*se houver aditamento à denúncia ou queixa para incluir crime conexo, o recebimento implicará na interrupção da prescrição com relação a todos os crimes, inclusive no tocante àqueles já constantes da peça acusatória original*." PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral. 6ª ed.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 650. Na jurisprudência, STJ, 5ª Turma, REsp 276.841, Rel. Min. José Arnaldo Fonseca, j. 06/06/2002, DJ 01/07/2002.

[211] Nas palavras de Ney Fayet Júnior et. al., *"Como não descreve fato novo, não interrompe a prescrição; e, nesse sentido, podemos nos valer dos ensinamentos de Reis, entendendo que o aditamento manejado para corrigir erros materiais, retificar adequação típica incorreta, ou suprir omissões (art. 569 do Código de Processo Penal), ou para incluir circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente na inicial (art. 384, §único, do Código de Processo Penal), não interrompe o prazo prescricional, pois o fato é o mesmo"*. Cf. STJ, 5ª Turma, HC 23.493., Rel. Min. Felix Fischer, j. 05/08/2003, DJ 15/09/2003

[212] FAYET JÚNIOR; FAYET, Marcela; BRACK, Karina. **Prescrição penal**: temas atuais e controvertidos, doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, p. 67.

a prescrição apenas para o crime de furto (art. 155, CP), narrado na peça acusatória. Em seguida, diante do aditamento da denúncia, pelo Ministério Público, para acrescentar o crime de lesão corporal (art. 129, CP), advindo da subtração, interrompe-se o prazo prescricional apenas quanto a este fato novo, mas não em relação ao já narrado na denúncia, cuja prescrição já tinha sido interrompida quando do seu recebimento (art. 117, I, CP). Porém, se, ao fim do processo, proferir-se sentença condenatória para absolver o acusado pelo crime de lesão corporal (art. 129, CP), mas o condenar pelo crime de furto (art. 155, CP), a publicação da sentença interromperá a prescrição para ambos os crimes (art. 117, IV e §1˚, CP). A razão é que, neste caso, os crimes de futo e lesão corporal são conexos e objeto do mesmo processo penal, de maneira que a interrupção relativa a um crime estende-se ao outro (117, §1˚, CP).

Vale ressaltar, a sentença condenatória interrompe a prescrição para todos os crimes conexos objeto do mesmo processo penal (art. 117, §1˚, CP). Já o aditamento interrompe a prescrição apenas para os fatos novos, pois, em relação ao que já constava da denúncia, houve a interrupção da prescrição quando do seu recebimento. Trata-se da melhor interpretação para a expressão "*objeto do mesmo processo",* constante da redação do art. 117, §1˚, do CP. Seguindo o dispositivo, a causa interruptiva estende-se para os delitos já objeto do processo penal. Já na sentença os dois crimes estão dentro do mesmo processo, logo, a interrupção vale para ambos os crimes. Agora, tenho para mim, que a questão aqui está em interpretar no que consiste *crimes conexos,* de maneira que não me parece que o artigo 117,§1˚ impede a que se interprete *crimes conexos* também como aqueles que ainda não faziam parte do mesmo processo naquele instante, mas que depois passaram a fazer. Pretendo elaborar esta construção mais tarde. Nesta oportunidade, quero limitar-me a apresentar o direito positivo brasileiro.

Em contrapartida, diante de aditamento subjetivo, o qual diz respeito à inclusão de corréu na denúncia, estabelece o artigo 117, §1˚, que, excetuados os casos dos incisos V e VI, a interrupção da prescrição produz efeitos em relação a todos os autores do crime. Trata-se da comunicabilidade da interrupção da prescrição a todos os coautores ou partícipes do delito. Assim, o recebimento da denúncia interrompe a prescrição mesmo para réus não descritos na denúncia, pois a interrupção da prescrição diz respeito ao fato praticado, e não ao autor que o praticou. Já a inclusão de novo réu, por sua vez, desde que integre o mesmo processo penal, não produzirá efeito algum no prazo prescricional[213].

[213] SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da prescrição penal**: de acordo com as Leis n˚s 9268/96 e 9271/96: doutrina, prática, jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 109; FAYET JÚNIOR; FAYET,

Trata-se de opção do legislador estender os efeitos das causas de interrupção da prescrição a todos os autores do crime, excetuando as duas causas que se referem à prescrição da pretensão executória. Assim, a decisão que recebe o aditamento para incluir Técio na denúncia não interromperá o prazo prescricional novamente em relação a Izai?. Conforme o artigo 117, §1˚ do CP, o recebimento da denúncia do crime de roubo contra Izai já produzirá a interrupção da prescrição do delito tanto para Izai quanto para Técio. Se depois houver um aditamento para incluir Técio, a prescrição não é interrompida de novo, porque já foi interrompida para este autor quando do próprio recebimento da denúncia. É por conta do dispositivo legal que no aditamento subjetivo não ocorre nova interrupção da prescrição.

Portanto, no direito brasileiro, segundo o artigo 117, §1˚, a interrupção da prescrição opera-se distintamente nos aditamentos objetivo e subjetivo. No aditamento objetivo, em que se inclui fato novo, o recebimento do aditamento interrompe a prescrição apenas em relação àquele fato novo; e no aditamento subjetivo, no qual se inclui corréu na denúncia, o recebimento do aditamento não produzirá o efeito jurídico de interrupção da prescrição, pois quando do recebimento da denúncia já tinha havido a interrupção para todos os autores do crime, ainda que não tivessem todos sido incluídos na denúncia.

No entanto, a interrupção da prescrição complica-se numa combinação de aditamento objetivo e subjetivo. Exemplo: o Ministério Público oferece denúncia contra Técio e Izai pela prática do crime de furto. Em seguida, adita a denúncia para incluir o delito de lesão corporal. Posteriormente, o Juízo condena Izai, mas absolve Técio quanto aos dois crimes. Como já se sabe, a sentença condenatória, ao contrário da sentença absolutória, é uma causa interruptiva da prescrição (art. 117, I, CP). De acordo com o artigo 117, §1˚, a interrupção da prescrição aproveita a todos os autores do crime. Logo, a sentença que condenar Izai também interromperá a prescrição em relação a Técio.

3.2.7.2 Pronúncia

A segunda causa de interrupção de prescrição é a pronúncia (art. 117, II, CP), a qual se refere apenas aos crimes da competência do Tribunal do Júri. A respeito da pronúncia como causa interruptiva, há duas questões pontuais: a que se refere à desclassificação pelo Tribunal do Júri e o aditamento objetivo à denúncia.

Marcela; BRACK, Karina. **Prescrição penal**: temas atuais e controvertidos, doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, p. 70.

Ainda que o Tribunal do Júri determine a desclassificação da infração penal para o Juízo singular, a pronúncia persiste como causa interruptiva da prescrição[214]. Existem causas interruptivas a mais existem num processo submetido ao procedimento do Júri, pois se trata, em regra, de processo mais demorado, dividido em duas fases. Dessa forma, a título de exemplo, se ao término do processo, o plenário do Júri decide que o crime praticado pelo acusado era o de lesão corporal (art. 129, CP), ao invés do crime de tentativa de homicídio pelo qual fora pronunciado (art. 121 c/c 14, II, CP), as causas interruptivas do recebimento da denúncia e da pronúncia continuam valendo.

E a segunda questão pontual, referente à pronúncia, diz respeito à possibilidade de aditamento à denúncia, pelo Ministério Público, após a pronúncia do acusado. A hipótese mais clara, a título de exemplo, dá-se num processo penal que tenha por objetivo a prática de tentativa de homicídio (art. 121, c/c 14, II, CP), mas cuja denúncia, após a pronúncia, recebe o aditamento da acusação para acrescentar o fato novo, a morte da vítima, o que caracteriza o crime de homicídio consumado (art. 121, CP). Neste caso, ainda que o réu seja novamente pronunciado, agora pelo crime consumado, a segunda pronúncia não produz o efeito de interromper a prescrição. Do contrário, num único processo, haveria três interrupções: o recebimento da denúncia, a pronúncia e a nova pronúncia.

3.2.7.3 Decisão confirmatória da pronúncia

Nos processos da competência do Tribunal do Júri, diante da interposição de recurso em sentido estrito contra a decisão de pronúncia (art. 581, IV, CPP), a decisão do Tribunal que meramente confirmá-la também interrompe o prazo prescricional (art. 117, III, CP). Tendo em vista o prolongamento do processo na segunda instância diante da interposição de recurso contra a pronúncia, implementa-se mais uma causa interruptiva da prescrição.

3.2.7.4 Publicação de sentença ou acórdão condenatórios recorríveis

Adiante, a publicação da sentença ou acórdão condenatório recorrível também interrompe a prescrição penal (art. 117, IV, CP). Vale, neste ponto, uma breve retrospectiva

[214] STJ tem entendimento sumulado no enunciado 191, no sentido de que "*a pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime"*. Contra: REGIS PRADO, **Curso de Direito Penal brasileiro**.11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 832. Segundo o autor, *"Se na fase de pronúncia o juiz desclassifica o crime para outro, também da competência do Tribunal do Júri, ocorre a interrupção do prazo prescricional; porém, se desclassifica para outro delito, da competência do juiz singular, tal decisão não importa em interrupção da prescrição"*.

do dispositivo. Antes da Lei n° 11.595/2007, o art. 117, IV, previa a interrupção da prescrição pela publicação de "*sentença condenatória recorrivel"*. O entendimento dominante, mesmo antes da alteração provocada pela Lei n° 11.595/2007, já determinava a interrupção da prescrição, não apenas diante de decisão do Juízo de primeira instância que põe termo ao processo, mas diante de qualquer "*primeira condenação no processo"*. A interpretação não poderia ser diversa: caso se considerasse a interrupção apenas diante de sentença condenatória do Juízo de primeira instância, não se abrangeria sequer o acórdão condenatório nas hipóteses de foro privilegiado por prerrogativa de função.

Portanto, abrangia-se, na redação anterior à Lei n° 11.595/2007, a primeira condenação no processo penal. Assim, por exemplo, diante de uma absolvição do Juízo de primeira instância, mas, a reforma da sentença para impôr a condenação do acusado, realizada pelo Tribunal, haveria a interrupção da prescrição. É que, neste caso, o acórdão condenatório seria a primeira condenação naquele processo.

Contudo, para melhorar a redação do art. 117, V, do CP - e, ainda, espancar a dúvida sobre a abrangência do acórdão condenatório - a Lei n° 11.596/2007 conferiu a redação atual ao art. 117, IV, a qual se refere à *publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis.* Neste sentido, o que antes era tão somente subentendido pelo intérprete tornou-se explícito no texto legal, para que a nova redação do art. 117, V, deixe clara a abrangência também dos acórdãos condenatórios.

Após a nova redação do art. 117, IV, elaborada pela Lei n° 11.596/2007, não há dúvida, tanto a sentença condenatória quanto o acórdão que reforma a sentença absolutória para aplicar veredicto condenatório interrompem o prazo prescricional. Também a interrompe o acórdão condenatório proferido em ações penais de competência originária de Tribunal.

Quanto à sentença condenatória, a interrupção da prescrição se dá na data da publicação do ato processual em cartório, em mãos do escrivão (art. 389, CPP), sendo irrelevante a data aposta na sentença[215]; já quanto ao acórdão condenatório recorrível, na data da sessão de julgamento pela Câmara ou Turma, sem a necessidade de aguardar redação do acórdão ou publicação em diário oficial, tendo em vista que a sessão de julgamento já é evento público[216].

Em contrapartida, o artigo 117, IV, do Código Penal prevê a interrupção da

[215] STJ, EDcl no Resp 1398495-PB, 6ª T., rel. Maria Thereza de Assis Moura, 19.05.2015.
[216] STF, AP 409/CE-AgRg, Plenário, rel. Min. Teori Zavascki, DJe 28.10.2013; STF, RHC 125078-SP, 1ª T., rel. Dias Toffoli, 03.03.2015.

prescrição diante da *"publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis",* sem alusão expressa ao acórdão condenatório que mantém a sentença condenatória do Juízo de primeira instância, de modo a tão somente confirma-la. Permanece, assim, o debate sobre o acórdão confirmatório da sentença condenatória como causa interruptiva da prescrição penal. No dizer de Guilherme de Souza Nucci[217], "*a modificação introduzida pela Lei 11.596/2007 coloca fim a um dos pontos controversos em matéria de interrupção da prescrição. Outros, infelizmente, permanecem".*

Tendo em vista a redação do art. 117, V que se refere apenas a "*acórdão condenatório recorrível",* a jurisprudência afasta a interrupção da prescrição pelo acórdão que meramente confirma a sentença condenatória, e considera tão somente aquele que, pelo menos, aumenta a pena imposta na sentença[218]. Por trás da posição jurisprudencial, há a ideia, presente em sede doutrinária[219], de que se designa por *acórdão condenatório* aquele que reforma a sentença absolutória; e por *acórdão confirmatório,* aquele que mantém o veredicto condenatório estabelecido pelo Juízo de Primeira Instância, mesmo que substitua a sentença, para fins de execução da pena. Neste sentido, acrescenta-se ainda o argumento trazido por Cezar Roberto Bitencourt[220], no sentido de que quando o Tribunal aprecia recurso de apelação, interposto pela defesa contra uma sentença condenatória, e não acata as razões recursais, não profere nova condenação, mas nega provimento ao recurso da defesa - isto é diverso de acórdão condenatório.

Em contrapartida, o acórdão que confirma a sentença condenatória, mas aumenta a pena imposta na condenação, provoca o efeito interruptivo no prazo prescricional. Porém, neste ponto, não há posição unânime na doutrina, de modo que há também vozes[221] no sentido de que o rol do art. 117 é taxativo, e considerar o acórdão que meramente majora a pena imposta na sentença condenatória uma causa interruptiva seria utilizar interpretação demasiadamente extensiva e contrária aos interesses do réu.

Sendo assim, configurou-se um defeito bastante claro no sistema prescricional brasileiro. Em primeiro lugar, há a necessidade de rever a fundamentação teórica por trás das interruptivas da prescrição, sobretudo, da interrupção pela sentença ou acórdão

---

[217] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 724.

[218] Cf. no STF, HC: 106222 SP, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 01/03/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-058 DIVULG 28-03-2011 PUBLIC 29-03-2011; RE 751.394-MG, 1ª T., rel. Min. Dias Toffoli, 28.05.2013. Cf. no STJ, HC 340454, 5ª T., rel. Jorge Mussi, 05.04.2016

[219] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 724.

[220] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 1. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 923.

[221] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 727.

condenatório. Na medida em que a defesa ou o Ministério Público recorre da sentença de primeiro grau, e a matéria é devolvida para o julgamento do Tribunal em segunda instância, há um prolongamento do processo. E, tendo em vista este prolongamento, há a necessidade de mais uma causa interruptiva da prescrição da persecução penal. Então, tanto no caso de um acórdão confirmatório de condenação quanto no caso de um acórdão que reforma a sentença de primeira instância para condenar, a razão de ser da norma jurídica está presente.

A interpretação do art. 117, IV, segundo a qual o acórdão confirmatório não interromperia a prescrição é inconsistente diante do efeito interruptivo provocado pelos embargos de declaração com efeito infringente. Diante da oposição de embargos de declaração contra a sentença condenatória, suponha-se que, ao serem julgados, supram omissão na decisão, e, terminem por aumentar a pena. Neste caso, os embargos têm efeito infringente, e provocam nova interrupção do prazo prescricional. Ora, trata-se de nova sentença condenatória recorrível, tal como previsto pelo dispositivo legal. Logo, não razão para o acórdão confirmatório da sentença, o qual provoca ainda prolongamento do processo penal na segunda instância, deixar de interromper o prazo prescricional.

Ademais, neste ponto, há uma incoerência do sistema prescricional com o vigente processo penal, pródigo em recursos contra as decisões contrárias aos interesses do acusado. Na verdade, deve-se trazer ainda um argumento de igualdade. O cidadão que sofrer a condenação em primeira instância, e a mera confirmação da condenação na segunda instância recebe um tratamento injustamente mais favorável do que aquele que recebe a condenação na primeira instância e, na segunda instância, um aumento da pena imposta na sentença. Este segundo cidadão sofre duas vezes: em primeiro lugar, pela própria decisão colegiada de aumentar a sua pena; em segundo, porque se interrompe o prazo prescricional do delito que por ele fora praticado. Mas este segundo *sofrimento* - a interrupção da prescrição prejudica a situação do acusado ou condenado - deveria valer para todos os acórdãos condenatórios.

Além disso, deve-se acrescentar, sobre a incoerência do art. 117, IV, do CP, a ausência de menção à sentença que impõe medida de segurança ao acusado. Trata-se de sentença, na visão do processo penal, absolutória imprópria. Logo, não pode servir como causa interruptiva do prazo prescricional[222]. Porém, não há razão a justificar a interrupção da prescrição pela sentença que impõe pena, mas não pela sentença que impõe medida de

[222] FAYET JÚNIOR; FAYET, Marcela; BRACK, Karina. **Prescrição penal**: temas atuais e controvertidos, doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, p. 131. LOZANO JÚNIOR, José Júlio. **Prescrição penal**, São Paulo: Saraiva, p. 211.

segurança ao réu. A necessidade de efeito interruptivo está em ambos os casos. Tendo em vista que se admite a prescrição das medidas de segurança, ao arrepio da previsão expressa na lei, há a necessidade também de previsão de causa interruptiva para a sentença absolutória imprópria.

E, por fim, a sentença anulada por força de decisão judicial emanada por instância superior perde o efeito interruptivo da prescrição. A rigor, a sentença nula não pode provocar efeito algum[223].

De todo modo, consideram-se causas interruptivas da prescrição: a sentença condenatória de primeiro grau, o acórdão que reforma uma sentença absolutória para impôr condenação e o acórdão que reforma a sentença, para aumentar a pena imposta ao condenado[224]. Mas não interrompe o prazo prescricional o acórdão meramente confirmatório da sentença condenatória.

3.3 Prescrição da execução penal

Além da prescrição da persecução penal, o Código Penal brasileiro prevê ainda a prescrição da execução penal (art. 110, CP), que se refere ao tempo para executar legitimamente a pena imposta na sentença condenatória.

A prescrição da pretensão executória se funda na *ratio* de que o Estado, depois de condenar o cidadão através de um processo penal, tem prazo para legitimamente executar a pena. E tal prazo é calculado, depois do trânsito em julgado da sentença ou acórdão condenatório[225], a partir dos prazos previstos no artigo 109, CP, mas tomando por referência - não a pena máxima cominada em abstrato para o delito, mas a pena concreta imposta na sentença (art. 110, CP).

O cálculo do prazo da prescrição da execução se dá com base na pena aplicada na sentença condenatória, mas observa duas exceções: I)causas de aumento de pena originadas de concurso de crimes são excluídas (art. 119, CP), de modo a se contar cada crime

---

[223] STJ, Resp 929.692-PE, 5ª T., rel. Laurita Vaz, 28.06.2007.

[224] Cf no STF, HC: 85556 RS, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 16/08/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 02-09-2005. E no STJ, cf. RHC: 5456 SP 1996/0019499-8, Relator: Ministro ASSIS TOLEDO, Data de Julgamento: 04/06/1996, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 01.07.1996 p. 24060.

[225] Embora o art. 110, CP faça referência ao trânsito em julgado apenas de sentença condenatória, natural se estender também para o acórdão condenatório, para abranger as hipóteses em que há recurso contra sentença absolutória, e o Tribunal reforma a sentença; ou em que o Tribunal reforma a sentença condenatória para alterar a pena; ou em que o Tribunal mantém a sentença condenatória. De todo modo, o acórdão substitui a sentença para efeito de execução. Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 705.

individualmente; e II) diante de fuga do condenado ou de revogação de livramento condicional, deduz-se do cálculo a parte da pena já cumprida, de maneira a se calcular com base apenas no restante da pena a cumprir (art. 113, CP).

Além disso, ainda quanto ao cálculo do prazo, se o condenado for reincidente, o prazo da prescrição da execução aumenta-se de um terço (art. 110, *caput*, CP). Assim, se a sentença condenar o réu e, ainda, reconhecer a sua reincidência, o prazo da prescrição da execução recebe o aumento de um terço. Porém, tendo em vista que o artigo 110 é exaustivo, tratando apenas da elevação dos prazos do artigo 109, não se aplica o aumento na prescrição da pena de multa, quando esta for a única prevista ou a única aplicada. Quando a pena de multa é a única cominada ou aplicada, o seu prazo prescricional é previsto em regra específica estabelecida no artigo 114, I, do Código Penal[226]. Posição pacífica na doutrina e na jurisprudência.

No entanto, a previsão dos mesmos prazos da prescrição da persecução e da execução penal consiste num erro histórico, que se iniciou no art. 78, do Código Penal de 1890[227]. Ao instituir a prescrição da execução, chamada prescrição da *condemnação,* estabeleu o legislador a subordinação aos mesmos prazos da prescrição da persecução, intitulada *prescripção da acção.*

Portanto, são requisitos da prescrição da execução: a inocorrência da prescrição da persecução penal, a sentença condenatória com força de coisa julgada e o não exercício da respectiva pretensão estatal no decurso do prazo previsto no art. 109, com base na pena aplicada - prazo aumentado de 1/3 diante de reincidência (art. 110, caput, CP) e reduzido de metade a depender da idade do réu (art. 115, CP).

3.3.1 Termo inicial

O pressuposto da prescrição da execução é o trânsito em julgado para a acusação, mas o termo inicial é o trânsito em julgado para a acusação (art. 112, I, CP). Também constitutem termo inicial a decisão definitiva de revogação da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional, e o dia de interrupção da execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena (art. 112, CP). Em se admitindo a execução provisória da pena, após a decisão de Tribunal de Segunda Instância, seguindo a nova

[226] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado.* 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 706.
[227] Art. 78, Código Penal de 1890. A prescripção da acção, salvos os casos especificados nos arts. 275, 277 e 281, é subordinada aos mesmos prazos que a da condemnação.

orientação do STF em recente *leading case*, o início de continuação de pena deixa de funcionar como marco interruptivo (art. 117, V, CP), e passa a estabelecer o termo inicial da prescrição da execução.

3.3.1.1 Trânsito em julgado para a acusação

Enquanto o termo inicial do prazo da prescrição da persecução penal é estabelecido no artigo 111 do Código Penal, o referente à prescrição da execução é definido no artigo 112, o qual trabalha com a sistemática que se esclarece a seguir. O termo inicial da prescrição da eecução se dá pelo dia (art. 112, CP): I)do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação (art. 112, I, CP); II)da revogação da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional (art. 112, II, CP) - no segundo caso, o prazo regula-se pelo tempo restante da pena (art. 113, CP); III)da interrupção da execução da pena, salvo quando o tempo da interrupção se deva computar na pena (art. 112, II, CP); da evasão do condenado (art. 113, CP) - também neste caso o prazo é regulado pelo restante da pena (art. 113, CP).

A prescrição da execução somente pode ocorrer depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, mas o seu termo inicial é a data do trânsito em julgado para a acusação. A disparidade entre fundamento e termo inicial da prescrição da execução, consolidada nos recentes precedentes da jurisprudência, e apoiada na incoerência entre o sistema prescricional e o processo penal, não tem razão de ser.

De todo modo, tendo em vista o termo inicial da prescrição da execução, decisivo é analisar se o MP interpõe recurso de apelação em face da sentença condenatória. Caso a acusação não o tenha interposto, o termo inicial fixa-se pela sentença. Já diante do recurso do MP, o acórdão do Tribunal substitui a sentença e, se dele o MP não mais recorrer, a prescrição da execução se fixa pelo acórdão.

Segundo o artigo 112, I, do Código Penal, o prazo da prescrição da execução se tem como termo inicial o dia em que transitar em julgado a sentença condenatória para a acusação. Quer dizer, o prazo da prescrição da execução não se conta do término do processo de conhecimento com o trânsito em julgado, mas do trânsito em julgado para a acusação. Em outras palavras, o termo inicial da prescrição da pretensão executória é fixado antes do efetivo trânsito em julgado da sentença. Mais frequente é a defesa recorrer até o fim.

Não obstante, há uma necessária conexão entre a prescrição e o processo penal. Num

sistema em que não se permite a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, também não se pode prever curso da prescrição da execução antes de tal ponto. Retomando o efeito disciplinador da prescrição, já mencionado, não há como disciplinar aquele que se comporta conforme ao Direito, isto é, não se pode castigar o Estado pela inércia que não existe[228].

Neste sentido, tamanha é a confusão em que se insere o direito penal vigente, sobre o termo inicial da prescrição da execução, justifica-se uma singela abordagem da evolução deste instituto na legislação penal brasileira. Somente através desta retrospectiva pode-se compreender a previsão do art. 112, I, no sentido de que a prescrição começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação.

Conforme já adiantado no Capítulo 2 deste trabalho, a prescrição da execução surgiu, no direito brasileiro, no Código Penal de 1890, pois o art. 65 do anterior Código Criminal do Império estabelecia a imprescritibilidade das condenações[229]. Assim, na sistemática do art. 80 do Código Penal de 1890[230], a prescrição da execução penal tem como termo inicial o dia do trânsito em julgado da sentença condenatória ou o da interrupção da execução penal já iniciada. Esta redação foi, em seguida, mantida no art. 80, da Consolidação das Leis Penais de 1932.

Adiante, o Código Penal de 1940, em seu art. 112[231], manteve o termo inicial da prescrição da execução na data do trânsito em julgado da sentença condenatória, ou, na data da revogação da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional, ou , ainda, no dia de interrupção da execução. No entanto, já no artigo 110 do Código Penal de 1940 havia uma imprecisão técnica que acabou por repercutir na Reforma da Parte Geral de 1984. É que o Código de 1940 se serve, nos arts. 109 e 110 do Diploma, das nomenclaturas "prescrição antes do trânsito em julgado" e "prescrição depois do trânsito em julgado". Contudo, enquanto o artigo 110, caput, tratava da prescrição da execução, o parágrafo único do dispositivo estabelecia a modalidade prescricional superveniente, conferindo como termo

---

[228] No dizer de Nucci, "*Ora, se não houve desinteresse do Estado, nem inépcia, para fazer o condenado cumprir a pena, não deveria estar transcorrendo a prescrição da pretensão executória".* NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 713.

[229] Art. 65, Código Criminal de 1830, *"As penas impostas aos réus não prescreverão em tempo algum".*

[230] Art. 80, Código Penal de 1890. *"A prescripção da condemnação começa a correr do dia em que passar em julgado a sentença, ou daquelle em que for interrompido, por qualquer modo, a execução já começada. Interrompe-se pela prisão do condemnado.*

Paragrapho unico. Si o condemnado em cumprimento de pena evadir-se, a prescripção começará a correr novamente do dia da evasão."

[231] Art. 112, Código Penal de 1940. "*No caso do art. 110, a prescrição começa a correr: a)do dia em que passa em julgado a sentença condenatória ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional; b)do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena."*

inicial, o termo em julgado para a acusação. Neste ponto, deixa-se claro, no art. 110, parágrafo único[232], o termo inicial da prescrição superveniente com a sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido.

Em suma, exaustivamente, observa-se, o Código de 1940 estabeleceu termos iniciais diversos para as modalidades prescricionais retroativa e superveniente e a prescrição da'execução. As duas primei'as se iniciam com a sentença condenatória da qual somente o réu recorreu; e a segunda, do dia em que passa em julgado a sentença condenatória.

Adiante, também o Código Penal de 1969[233], o qual sabidamente jamais entrou em vigor, manteve, em seu art. 112, §1˚, a), o termo inicial da prescrição da execução, no dia do trânsito em julgado da sentença condenatória.

No entanto, a Reforma da Parte Geral de 1984 acrescentou os §§1˚e 2˚ ao artigo 110. Manteve-se o termo inicial da prescrição superveniente com o trânsito em julgado para a acusação; e, além disso, manteve-se na legislação penal a inovação trazida pela Lei nº 6 416/1977, conhecida por todos como prescrição retroativa. Porém, alterou-se, no Código, o artigo 112, I, para definir o trânsito em julgado para a acusação como termo inicial não apenas das modalidades prescricionais superveniente e retroativa, como também da prescrição da execução.

Em suma, pela sistemática da redação original do Código de 1940, a prescrição superveniente, bem como o seu termo inicial, era definida pelo artigo 110, parágrafo único; e o termo inicial da prescrição da execução, pelo art. 112, I. Na sistemática após a Reforma de 1984, mudou-se o artigo 110, para incluir a prescrição retroativa; e o art. 112, para definir o termo inicial da prescrição da execução no trânsito em julgado para a acusação.

Segundo a sistemática da Reforma de 1984, como a partir do trânsito em julgado para a acusação a pena não poderá mais receber acréscimo, trata-se da pena máxima a que pode chegar a condenação. Assim, o prazo prescricional deve-se calcular, com base nesta pena, o prazo da prescrição da persecução penal (modalidades retroativa e superveniente) e da prescrição da execução penal[234]. Porém, há, aqui no art. 112, I, CP, equívoco

---

[232] Art. 110, parágrafo único, Código Penal de 1940. *"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".*

[233] Art. 112, Código Penal de 1969. A prescrição da execução da pena privativa de liberdade ou da medida de segurança que a substitui (art. 94) regula-se pelo tempo fixado na sentença e verifica-se nos mesmos prazos estabelecidos no art. 111, os quais se aumentam de um têrço, se o condenado é criminoso habitual ou por tendência.

§ 1º Começa a correr a prescrição:

a) no dia em que passa em julgado a sentença condenatória ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;

b) do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

[234] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume 1. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.

insuportável: não se pode confundir a pena que serve de base para o cálculo da prescrição com o termo inicial da prescrição. O termo inicial da prescrição tem a ver com a possibilidade de exercício do direito. De modo que somente se inicia prazo prescricional para direito que pode ser exercido. Se o Estado somente pode executar a pena com o trânsito em julgado, para acusação e defesa, não se pode iniciar o prazo prescricional antes desta data.

Não há, na exposição de motivos da Parte Geral de 1984, qualquer alusão à mudança do termo inicial da prescrição da execução. E tampouco se sentiu de imediato os efeitos do novo art. 112, I. Porém, a mudança, posteriormente, custou caro.

Não obstante, a mudança do art. 112, I, não provocou, de imediato, impacto grave no sistema penal brasileiro[235]. À época, admitia-se a execução provisória da pena, pois o condenado em primeira instância não poderia interpor recurso de apelação sem recolher-se à prisão (art. 594, CPP[236]). E, na medida em que se inicia o cumprimento de pena, interrompe-se a prescrição (art. 117, V, CP), e o seu prazo deixa de correr. A rigor, não há razão alguma para se estabelecer prazo de exercício da prescrição da execução quando o Estado já está a executar a sanção penal imposta na condenação.

Em suma, à época da Reforma da Parte Geral de 1984, pouco importava estabelecer o termo inicial da prescrição da execução no trânsito em julgado para a acusação ou no definitivo trânsito em julgado para ambas as partes[237]. A execução penal já se implementava pelo início de cumprimento de pena do réu que interpusesse recurso de apelação (revogado art. 594, CPP).

No entanto, a Constituição da República de 1988 elevou, além do contraditório e da ampla defesa (art. 5˚, LV, CF)[238], a presunção de inocência à garantia constitucional (art. 5˚,

---

651.

[235] GUEIROS, Artur. Controvérsias em torno do art. 112, do Código Penal, com a redação da Reforma Penal de 1984. In: Luciano Santos Lopes; Guilherme José Ferreira da Silva; Luis Augusto Sanzo Brodt. (Org.). **Parte Geral do Código Penal Brasileiro**: 30 anos depois. 1ed.Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2014, v. 1, p. 529-543.

[236] A redação originária do art. 594, CPP estabelecia: "*O réu não poderá apelar sem recolher-se á prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto*." Em seguida, o art. 594, com as alterações realizadas pela Lei n˚ 5.941/73, dispunha: "*O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto*."

[237] GUEIROS, Artur. Controvérsias em torno do art. 112, do Código Penal, com a redação da Reforma Penal de 1984. In: Luciano Santos Lopes; Guilherme José Ferreira da Silva; Luis Augusto Sanzo Brodt. (Org.). **Parte Geral do Código Penal Brasileiro**: 30 anos depois. 1ed.Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2014, v. 1, p. 529-543.

[238] Art. 5˚, LV, CF. *"aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"*

LVII, CF)[239]. De todo modo, mesmo após a nova ordem constitucional, perdurou, na jurisprudência dos Tribunais Superiores, o entendimento de que a interposição de recursos especial e extraordinário não teria efeito suspensivo, tendo em vista a previsão do art. 637, CPP. Assim, a interposição de recurso dirigido aos Tribunais Superiores, por parte do condenado em segunda instância, não impediria a expedição do mandado de prisão. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou, inclusive, o enunciado 267 da súmula da jurisprudência dominante[240].

Contudo, no julgamento do *leading case*[241] sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal afastou a admissibilidade da execução provisória, através da interpretação literal do dispositivo constitucional que preserva a presunção de inocência até o trânsito em julgado. Embora não tenham os recursos especial e extraordinário efeito suspensivo, enquanto não houver o trânsito em julgado não se admite a execução da pena. A ressalva diz respeito à prisão cautelar do acusado, com base no art. 312, CPP.

A partir do julgamento do *leading case,* o fantasma do termo inicial da prescrição da execução passou a assombrar o sistema penal brasileiro. Ao observar o termo inicial da prescrição da execução estipulada no art. 112, I, do Código Penal, o prazo se iniciaria já com o trânsito em julgado para a acusação, mesmo que a defesa tenha interposto recurso contra a sentença condenatória, impedindo o trânsito em julgado e, por conseguinte, a execução da pena.

Neste sentido, pode ocorrer o trâniso em julgado para a acusação numa instância, mas não encerrar o feito, pois, quanto o processo estiver no Tribunal, o MP receberá vista dos autos, e poderá interpôr recurso especial ou extraordinário[242]. Porém, como se poderia iniciar a prescrição da execução, antes mesmo de o Estado deter o poder de executar a pena? A questão se torna ainda mais relevante diante do sistema recursal brasileiro, pródigo no manejo de recursos e ações autônomas que podem contestar absolutamente qualquer decisão contrária ao acusado.

O termo inicial da prescrição da execução estabelecido a partir do trânsito em julgado para a acusação é, a rigor, um dispositivo absolutamente incompatível com o sistema processual que somente admite a execução da pena imposta em sentença depois do

---

[239] Art. 5°, LVII, CF. *"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;"*

[240] Súm. 267, STJ. "*A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão."*

[241] BRASIL, STF, HC 84.078, Plenário, Rel: Min. Eros Grau, 26.02.2010.

[242] SOUZA, Artur de B. Gueiros; JAPIASSU, Carlos E. A. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 571.

definitivo trânsito em julgado. Tanto é que o direito comparado apresenta solução para o termo inicial da prescrição da execução a partir do trânsito em julgado[243].

De todo modo, insiste parte da doutrina[244] na interpretação literal do art. 112, I, do Código, de modo que o pressuposto básico da prescrição da execução é o trânsito em julgado da sentença condenatória, mas quando este se realizar, conta-se a prescrição desde o trânsito para a acusação.

Dessa forma, a execução provisória seria admitida apenas para quem está preso cautelarmente, em seu benefício, já que poderá progredir de regime e conseguir livramento condicional. Porém, se se trata de réu solto, não caberia a execução provisória. Embora tenha havido mudança no entendimento da jurisprudência do STF, proibindo-se a execução provisória nestes termos, a legislação brasileira não foi alterada no que se refere ao termo inicial da prescrição. Em outros termos, a prescrição da execução se iniciaria desde o trânsito em julgado para o Ministério Público (art. 112, I, CP), mas somente se admitira a execução da pena imposta ao réu após o trânsito em julgado. Trata-se de incongruência, porque prescrição pressupõe inércia do direito de punir do Estado. Enquanto pendente um recurso especial ou extraordinário não poderá haver execução da pena, salvo se se tratar de prisão cautelar. Portanto, há, na verdade, um contrassenso, pois se trata de um caso de prescrição em que não há inércia do direito de punir, já que o Estado justamente não pode agir.

Assim, iniciou-se na jurisprudência a controvérsia sobre o termo inicial da prescrição da execução, face à nova ordem constitucional e à orientação do Supremo Tribunal Federal quanto à inadmissibilidade da execução provisória. Em consulta à jurisprudência, encontram-se decisões dos Tribunais Superiores tanto no sentido do termo inicial com o

---

[243] Os países do sistema romano-germânico estabelecem o termo inicial da prescrição da execução no trânsito em julgado da sentença condenatória. A título de exemplo, mencione-se, na Alemanha, §79, VI, StGB; na França, o art. 133-2, 133-3 e 133-4 do Código Penal Francês; na Itália, o art. 172 do Código Penal Italiano.

[244] Cezar Roberto Bitencourt afirma: *"O prazo começa a correr do dia em que transitar em julgado a sentença condenatória para a acusação, mas o pressuposto básico para essa espécie de prescrição é o trânsito em julgado para acusação e defesa, pois, enquanto não transitar em julgado para a defesa, a prescrição poderá ser a intercorrente".* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral*, 1.* 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.915. No mesmo sentido, PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro* 2004.11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 833. Já Guilherme de Souza Nucci, embora admita a previsão oferece crítica contundente: *"é inconcebível que assim seja, pois o Estado, mesmo que a sentença tenha transitado em julgado para a acusação, não pode executar a pena, devendo aguardar o trânsito em julgado para a defesa.Ora, se não houve desinteresse do Estado, nem inépcia, para fazer o condenado cumprir a pena, não deveria estar transcorrendo a prescrição da pretensão executória".* NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado.* 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 713. Também como crítica ao art. 112, I, CP: GUEIROS, Artur. Controvérsias em torno do art. 112, do Código Penal, com a redação da Reforma Penal de 1984. In: Luciano Santos Lopes; Guilherme José Ferreira da Silva; Luis Augusto Sanzo Brodt. (Org.). **Parte Geral do Código Penal Brasileiro**: 30 anos depois*. 1ed.*Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2014, v. 1, p. 529-543.

trânsito em julgado da sentença condenatória[245] quanto decisões que se atentam para a literalidade do art. 112, I, e estabelecem-no a partir do trânsito em julgado para a acusação[246]. Com efeito, não há posição unânime da jurisprudência dos Tribunais Superiores[247].

Porém, a única solução para o problema surgido da nova orientação sobre execução provisória da pena é a declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, também do do artigo 112, I, do Código Penal. Trata-se de dispositivo incompatível com a nova orientação dos Tribunais sobre execução provisória da pena. Assim, o termo inicial da prescrição da execução é definido pelo trânsito em julgado.

No entanto, mais recentemente, ao apreciar outro *leading case*[248], o Plenário do Supremo Tribunal Federal voltou a admitir a execução provisória de réu condenado em Segunda Instância. No entendimento do Tribunal, ao se referir ao princípio da presunção de inocência (art. 5˚, LVII, CF), traçam-se limites com base em outros valores constitucionais igualmente relevantes, tais como a efetividade da jurisdição penal, o qual diz respeito à sociedade, e não ao réu. Ademais, os recursos de natureza extraordinária não consistem em desdobramentos do duplo grau de jurisdição, e tampouco são recursos dotados de amplo efeito devolutivo, uma vez que a matéria fática probatória estão excluídos de tais recursos[249].

Embora tenha a nova orientação jurisprudencial[250] sido recebida com críticas pela doutrina[251], as quais não se deve comentar nesta oportunidade, trata-se de entendimento que provoca impacto imediato no tema da prescrição penal.

Diante da admissão da execução da pena após acórdão condenatório em segunda instância de jurisdição, permanecem no Código incoerências, advindas da constatação de

---

[245] STF, Ag. Reg. no RE com Ag. 682.013, 1ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, 06/02/2013; STJ, HC 231.147, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, 19/12/2011.

[246] STF, HC 113.715, 2ª Turma, Rel. Min. Carmen Lúcia, 28/05/2013; STF, HC 110.133, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, 19/04/2012; STJ, HC 254.080, 5˚ Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 21/10/2013

[247] GUEIROS, Artur. Controvérsias em torno do art. 112, do Código Penal, com a redação da Reforma Penal de 1984. In: Luciano Santos Lopes; Guilherme José Ferreira da Silva; Luis Augusto Sanzo Brodt. (Org.). **Parte Geral do Código Penal Brasileiro**: 30 anos depois. 1ed.Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2014, v. 1, p. 529-543.

[248] STF, HC 126.292, Plenário, Rel. Min. Teori Zavascki, 17/02/2016.

[249] Neste sentido, cf. enunciado 279 da súmula da jurisprudência do STF.

[250] A admissibilidade da execução provisória da pena foi, posteriormente, ratificada pelo Supremo Tribunal Federal, em outras oportunidades. cf. STF, Plenário, ARE 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki, 10/11/2016.

[251] Dentre as críticas doutrinárias, citam-se as duas principais: o art. 5˚, LVII, CF deixaria nítida a inadmissibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória; e o art. 283, CPP, ao enumerar as hipóteses de prisão, teria afastado a possibilidade de execução provisória. Cf, neste sentido, Renato Brasileiro de Lima dá, inclusive, a solução de aguardar alteração legislativa, para considerar os recursos especial e extraordinário, sucedâneos recursais externos, de modo a não obstarem o trânsito em julgado. LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5ªEd., Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 48-49.

que o termo inicial da prescrição da execução não coincide com a possibilidade de seu exercício. Assim, é possível a ocorrência de dois cenários diversos:

I) A acusação deixa de interpôr recurso de apelação em face sentença condenatória, a qual é confirmada pelo Tribunal. Neste caso, o termo inicial da prescrição da execução consiste no trânsito em julgado para a acusação (art. 112, I, CP), mas a execução da pena somente se permite a partir da confirmação da condenação pelo acórdão em segunda instância.

II) A acusação interpõe recurso especial ou extraordinário em face de acórdão condenatório em segunda instância de jurisdição. Neste caso, o Estado já pode iniciar a execução da pena imposta na sentença desde o acórdão, mas a prescrição da execução somente se inicia em momento posterior, pelo trânsito em julgado para a acusação. A única solução diversa seria considerar que, neste caso, o início de cumprimento da pena deixa de ser marco interruptivo (art. 117, IV, CP), e passa a constituir o termo inicial da prescrição da execução.

Portanto, a mudança de orientação na jurisprudência, admitindo-se a execução provisória da pena após o acórdão condenatório em segunda instância de jurisdição, não compatibilizou o termo inicial da prescrição da execução com o momento em que esta pode ser efetivamente exercida. É necessário

3.3.1.2 Revogação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional

Adiante, o segundo marco inicial da prescrição da execução consiste na data da revogação da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional (art. 112, I, CP). No caso da suspensão condicional da pena, confere-se o benefício ao condenado em sentença condenatória, mas este será implementado após a audiência admonitória, a qual exporá as condições do *sursis* (art. 160, Lei de Execução Penal), de modo a suspender a execução da pena privativa de liberdade (art. 77, CP). Caso o condenado, na audiência admonitória, não aceite o *sursis*, este se torna sem efeito, e a prescrição da execução se conta desde a sentença condenatória[252].

Após a aceitação do *sursis* pelo condenado, o caminho natural é o decurso do prazo sem a sua revogação, provocando a extinção da pena privativa de liberdade (art. 82, CP). A

[252] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 715.

propósito, durante este prazo de *sursis,* evidentemente, não flui o prazo prescricional[253]. Porém, havendo a revogação em defitinivo do benefício por descumprimento de suas condições, o Estado deve imediatamente proceder à execução da pena imposta na sentença condenatória, no prazo da prescrição da execução penal. Assim, a prescrição da execução se inicia na data desta revogação definitiva (art. 112, I, CP).

Já no livramento condicional, após o cumprimento da fração da pena estabelecida no artigo 83 do Código Penal, concede-se o benefício para suspender a execução da pena imposta ao condenado, o qual permanecerá em período de prova. Em havendo a revogação do livramento condicional, através de decisão judicial definitiva, deve o Estado novamente executar a pena imposta na sentença condenatória, no prazo da prescrição da execução.

Ademais, vale ressaltar, no caso de interrupção da execução pela evasão do preso ou revogação do livramento condicional, o prazo prescricional é calculado com base no tempo de pena que o condenado resta cumprir (art. 113, CP). A *ratio* para o desconto da pena já cumprida é que esta parte da pena já está extinta. Assim, o restante da pena será utilizado como o parâmetro do cálculo da prescrição executória, a se aplicar na tabela prevista no artigo 109 do Código.

Dessa forma, o condenado que se evade, logo após a sentença condenatória, e antes mesmo de iniciar o cumprimento de pena, tem a prescrição da execução calculada pela pena imposta na sentença; já aquele que se evade, após o cumprimento de parte da pena, tem a prescrição da execução calculada com base apenas na pena que resta a cumprir.

No entanto, a regra mencionada no artigo 113 do Código restringe-se ao livramento condicional, e não se aplica à suspensão condicional da pena. No *sursis*, não se desconta o período em que o condenado esteve solto, em período de prova, pois este não coincide com o efetivo cumprimento de pena privativa de liberdade. Assim, se houver revogação da suspensão condicional da pena, o prazo prescricional é calculado com base na pena fixada na sentença condenatória.

O livramento condicional tem como requisito o cumprimento de parte da pena privativa de liberdade: um terço, no caso de réu primário (art. 83, I, CP); a metade, no de réu reincidente (art. 83, II, CP); e dois terços, se se tratar de crime hediondo (art. 83, V, CP). Portanto, a concessão do livramento condicional exige o cumprimento de parte da pena. E, diante de eventual revogação do benefício, inicia-se novamente a prescrição da execução, descontando-se a parte da pena já cumprida. Na hipótese de a pena ser de 9 anos, o agente já

[253] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume 1. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 661.

ter cumprido 3 anos, não utilizaremos os 9 anos para calcular a prescrição, mas apenas os 6 anos restantes. Além disso, quando a revogação do benefício se dá por conta de crime cometido antes da vigência do livramento condicional, desconta-se também o período em que o condenado esteve solto.

Em suma, calcula-se a prescrição da execução pela pena aplicada na sentença condenatória. No caso do livramento condicional, em que o condenado já cumpriu parte da pena, concede-se o benefício, e depois é revogado por decisão definitiva, calcula-se com base apenas no que resta a cumprir. Contudo, no sursis, não se desconta o período de prova – e a prescrição da execução se dá pela pena aplicada.

Vale ressaltar, no caso de revogação do livramento condicional, além do desconto da parte da pena efetivamente cumprida pelo condenado, pode-se ainda, a depender da razão da revogação, descontar o tempo em que o sujeito esteve solto em período de prova.

Assim, desconta-se, além da parte da pena privativa de liberdade efetivamente cumprida, o tempo decorrido durante o período de prova, na hipótese de revogação do livramento condicional por crime cometido antes da sua vigência (art. 86, II, CP). Em contrapartida, em se tratando da revogação do livramento condicional por conta de crime cometido na vigência do livramento ou de hipótese de revogação facultativa, não se desconta o tempo em que o condenado esteve sob prova.

3.3.1.3 Interrupção da execução

Também se considera termo inicial da prescrição o dia da interrupção da execução penal, exceto quanto o tempo da interrupção deva computar-se na pena (art. 112, II, CP). Assim, de acordo com o raciocínio do legislador, quando o período de interrupção da execução valer como cumprimento de pena, não há razão para se dar início à prescrição correspondente. A título de exemplo, havendo a interrupção da prescrição pela evasão do condenado, inicia-se a prescrição da execução a partir da data de sua fuga; e o prazo se calcula apenas sobre o tempo que resta a cumprir de pena (art. 113, CP). Porém, na hipótese de adoecimento mental ou físico do condenado no estabelecimento prisional, de modo a ser transferido para hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (art. 41, CP; art. 183, LEP), o tempo em que estiver sob a medida de segurança vale como cumprimento de pena. Logo, não se fala em fluência do prazo prescricional e tampouco em interrupção da prescrição[254].

[254] SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 533.

Vale ressaltar, o termo inicial da prescrição se dá com a fuga do preso, pois existe um tempo para o Estado proceder à sua captura. Porém, o cálculo da prescrição, especificamente no caso de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional, não se dá com base na pena aplicada em sentença condenatória, mas na pena que resta a cumprir (art. 113, CP). Assim, se o condenado à pena de 10 (dez) anos já cumpriu o período de 2 (dois) anos, a prescrição da execução, a qual tem por início a data da fuga se dá, com base na pena de 8 (oito) anos, o que consiste no prazo prescricional de 12 (doze) anos (art. 109, III, CP). Vale lembrar, na hipótese de revogação da suspensão condicional da pena, calcula-se a prescrição da execução com base no total da pena aplicada na sentença condenatória.

3.3.2 Detração e cálculo da prescrição

Discute-se sobre os efeitos da detração no cálculo do prazo prescricional. A detração consiste na contagem da parte da pena privativa de liberdade já cumprida pelo acusado a título de prisão provisória (art. 42, CP). Predomina, na jurisprudência[255], o entendimento segundo o qual não se desconta o período de prisão provisória, para fins de cálculo da prescrição da execução. Assim, na hipótese de determinado sujeito cumprir 2 (dois) anos da pena privativa de liberdade, a título de prisão provisória, fugir do estabelecimento prisional, e, em seguida, haver o trânsito em julgado da condenação a 10 (dez) anos de prisão, no cálculo especificamente da prescrição da execução, ignora-se o tempo já cumprido em prisão provisória. Não se utiliza a detração no cálculo do prazo prescricional. Porém, tal solução mostra-se incoerente. O sistema prescricional brasileiro permite, no art. 42, CP, o desconto do período de prisão provisória da pena privativa de liberdade a se cumprir, de maneira que esta parte da pena já foi cumprida e está extinta. Diante da sentença condenatória transitada em julgado, executa-se a pena, descontando-se o período de prisão provisória. De mais a mais, mesmo na hipótese de fuga do preso, o Legislador não penaliza o condenado em matéria prescricional: segundo o art. 113, CP, calcula-se o prazo prescricional apenas com base na pena que resta a cumprir. Assim, com muito mais razão, deve-se calcular o prazo da prescrição da execução apenas sobre a pena que resta a cumprir, ou seja, descontando o tempo de prisão provisória[256].

---

[255] STF, RHC 84177-SP, 2ª T., rel. Ellen Gracie, DJ 29.06.2004; STF, HC 69.865, 1ª T., rel. Min. Celso de Mello, DJ 26.11.1993. STJ, AgRg no Resp 1474294, re. Minª Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. 02.10.2014.

[256] Neste sentido, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume 1. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 658;

3.3.3 Efeitos

A causa de extinção de punibilidade que ocorre durante o processo de conhecimento apagam todos os efeitos da sentença condenatória, tanto primários quanto secundários. Assim, a prescrição da persecução penal apaga tanto os efeitos primários quanto secundários da sentença condenatória. Porém, a prescrição da execução, a qual ocorre posteriormente ao processo de conhecimento, tem efeito mais restrito, de modo a apagar apenas o efeito principal, a imposição de pena, mas não os efeitos secundários (arts. 91 e 92, CP).

3.3.4 Causas de suspensão

Conforme já esclarecido, diversamente das causas interruptivas, que determinam a retomada da contagem integral do prazo (art. 117, §2˚, CP), as causas suspensivas da prescrição provocam a sua paralisação, aproveitando-se o tempo já contado.

No que diz respeito à prescrição da execução, a única causa de suspensão prevista no Código é a prisão do condenado por motivo diverso do objeto daquele processo penal (art. 116, parágrafo único, CP)[257]. Depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo. O fundamento da causa suspensiva é evidente, a prisão do condenado por outro motivo impede a realização da execução penal. De modo que não se justificaria contagem de prazo prescricional para a execução penal que não se pode realizar. Assim, por exemplo, não corre a prescrição da execução, com base em sentença condenatória pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, Lei 11.343/06), enquanto o condenado está preso provisoriamente pelo crime de roubo (art. 157, CP). O fundamento lógico desta causa é que a prescrição pressupõe inércia do Estado. Enquanto o condenado está preso por outro motivo, o Estado não pode ainda executar a pena da sentença condenatória.

3.3.5 Causas de interrupção

> Caso 8)Em 2010, Aimoré é condenado à pena de 10 anos de reclusão. O Estado demora 2 (dois) anos, depois do trânsito em julgado, para efetuar a prisão de Aimoré apenas em 2012. Em seguida, depois de cumprir (3) três anos de pena, em 2015, o condenado escapa do estabelecimento

[257] Enquanto o artigo 116, I e II referem-se à prescrição da persecução penal - questão prejudicial a ser resolvida em outro processo e o cumprimento de pena no estrangeiro – o parágrafo único diz respeito especificamente à prescrição da execução.

prisional. Qual é o prazo da prescrição da execução?

Caso: 9) Em 2010, transita em julgado a sentença condenatória que estipula a Fábio a pena de 4 (quatro) anos. Não obstante, Fábio se encontra foragido, e o prazo da prescrição da execução corre desde a data do trânsito em julgado, de maneira que se esgotaria em 8 (oito) anos (art. 109, IV, CP), em 2018. Contudo, em 2016, Fábio pratica um crime de roubo (art. 157, CP) e, em 2019, há a sentença condenatória reconhecendo a prática deste crime, e impondo a pena de 4 (quatro) anos.

São causas de interrupção da prescrição da execução penal (art. 117, V e VI, CP): o início ou continuação do cumprimento da pena e a reincidência (art. 117, CP). Diante de causa interruptiva, reinicia-se a contagem integral do prazo prescricional a partir do dia da interrupção (art. 117, §2˚, CP).

A primeira causa interruptiva da prescrição da execução é o início ou continuação do cumprimento de pena. Assim, a prescrição da execução se inicia com o trânsito em julgado para a acusação (art. 112, I, CP), e interrompe-se pelo início de cumprimento de pena (art. 117, VI, CP). Caso o condenado, em seguida, fuja, inicia-se novamente o prazo prescricional (art. 112, II, CP), sendo calculado com base apenas na pena que resta a cumprir (art. 113, CP). Sendo o condenado capturado, continua-se o cumprimento da pena que resta a cumprir, e interrompe-se novamente o prazo prescricional (art. 112, I, CP).

Portanto, o início ou continuação do cumprimento de pena trata de exceção dentre as causas interruptivas da prescrição. Apesar de constituir causa de interrupção da prescrição da persecução penal, conduz à contagem do prazo descontando-se o tempo já decorrido (art. 117, §2˚, CP). Iniciado o cumprimento de pena privativa de liberdade, interrompe-se o prazo prescricional; caso, em seguida, haja a evasão do condenado, inicia-se novamente a contagem do prazo, mas, calculado com base apenas na parte da pena ainda a cumprir (art. 113, CP).

Com efeito, o início ou cumprimento de pena não é termo inicial da prescrição da execução, mas marco interruptivo. Não se pode interromper um prazo ainda não iniciado. O prazo da prescrição da execução se inicia, evidentemente, num momento anterior, no qual o Estado obtém o título executivo, o qual lhe permite a execução da pena; após o início ou continuação do cumprimento de pena, interrompe-se o prazo prescricional. Assim, pela sistemática do Código Penal de 1940, iniciava-se o prazo da prescrição da execução com o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 112, CP), e este prazo se interrompia com o início ou cumprimento de pena (art. 117, VI, CP). Percebe-se, no Código Penal de 1940, a eleição de um marco para o termo inicial da prescrição, o trânsito em julgado, o qual

coincidia com o momento em que se produz título executivo. A Reforma da Parte Geral de 1984 alterou o termo inicial da prescrição da execução para o trânsito em julgado para a acusação (art. 112, I, CP), o qual se interrompe com o início ou cumprimento de pena (art. 117, VI, CP).

No entanto, a recente modificação da jurisprudência do STF permite o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado. Aliás, antes mesmo do trânsito em julgado para a acusação. Tal como compreendido pelo Tribunal, nos mencionados precedentes, admite-se a execução da pena após a condenação pelo Tribunal que julgar o recurso de apelação. Assim, como compreender o sistema prescricional, se o termo inicial da prescrição da execução se dá, segundo o art. 112, I, com o trânsito em julgado para a acusação, e o Estado pode executar a pena a partir de acórdão provido por Tribunal em Segunda Instância ? Este marco processual para a execução da pena pode não coincidir com o termo inicial da prescrição da execução previsto pelo Código.

Assim, formulam-se as seguintes hipóteses:

I)O Tribunal profere acórdão condenatório, para confirmar a sentença condenatória contra o acusado. A acusação se dá por satisfeita com o acórdão, sem interpôr recurso.

II)O tribunal profere acórdão, ao julgar o recurso de apelação interposto pelo acusado, para confirmar a sentença condenatória contra o acusado. Em relação à sentença condenatória, a acusação se deu por satisfeita, sem interpôr recurso de apelação.

III)O tribunal profere acórdão, ao julgar o recurso de apelação interposto pelo acusado, para manter a condenação, mas reduzir a pena imposta na sentença condenatória. A acusação não se dá por satisfeita, e interpõe recurso especial em face do acórdão. O Ministério Público

> Solução do Caso 8) Tendo em vista a pena de 10 anos, a prescrição da execução se dá em 16 (dezesseis) anos (art. 109, II, CP), o qual terá início com o trânsito em julgado para a acusação (art. 112, I, CP). Porém, com o início do cumprimento de pena apenas em 2012, ocorre a interrupção do prazo prescricional (art. 117, V, CP). Enquanto Aimoré cumpre pena, não corre o prazo prescricional. Como o preso se evadiu do estabelecimento penitenciário em 2015, a prescrição da execução se inicia novamente, a partir desta data da evasão (art. 112, II, CP) e é calculada com base na pena que resta a cumprir (art. 113, CP), 7 anos de prisão. Portanto, o prazo prescricional é de 12 (doze) anos (art. 109, III, CP).

E a segunda causa interruptiva da prescrição da execução, prevista no Código Penal,

é a reincidência[258]. O fundamento da interrupção deita as raízes no positivismo criminal, sob o argumento de que o criminoso que reincide mostra, ao Estado, a necessidade de se castigar, logo, o interesse estatal no castigo, interrompendo-se o instituto jurídico que revela justamente o oposto, o desinteresse estatal. Assim, critica-se o Código Espanhol, cujo art. 132 não acrescentou a reincidência como causa interruptiva[259].

Com efeito, discute-se a interpretação de *reincidência,* prevista no artigo 117, V, do Código Penal, sobre se a interrupção da prescrição ocorreria na data em que o condenado comete o segundo crime ou na data em que há uma sentença condenatória a respeito deste segundo crime. Trata-se de questão com evidente relevo prático porque, a depender da data da interrupção da prescrição, poderá ter esgotado o prazo prescricional. Parte da doutrina sustenta que a interrupção do prazo da prescrição da execução se dá na data do trânsito em julgado da sentença que condena o acusado, reconhecendo a reincidência (art. 63, CP)[260].

Predomina, com acerto, o entendimento segundo o qual se deve levar em conta a definição de reincidência, estabelecida no artigo 63 do Código Penal[261]. Neste sentido, o réu somente pode ser considerado reincidente depois do trânsito em julgado do segundo crime praticado. Porém, o momento de interrupção da prescrição se dá já com a prática do segundo crime, e não na data da sentença condenatória. A despeito de opiniões no sentido diverso[262], esta posição prevaleceu na jurisprudência: embora a reincidência omente possa ser reconhecida com o trânsito em julgado, interrompe-se a prescrição na data em que se comete o segundo crime[263].

> Dessa forma, no caso 9), anteriormente citado, se se considerar a interrupção da prescrição da execução na data da prática do segundo crime, em 2016, não terá havido a prescrição; mas, levando em consideração da data da sentença condenatória do segundo crime, em 2019, o prazo prescricional

---

[258] A reincidência provoca não só a interrupção do prazo prescricional (art. 117, VI, CP), mas também o aumento do prazo da prescrição da execução penal (art. 110, caput, CP).

[259] GUARAGNI, Fábio. **Prescrição penal e impunidade**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 82.

[260] Neste sentido, Rogério Greco coloca, *"Embora exista posição contrária, entendemos que a reincidência, como marco interruptivo da prescrição da pretensão executória, tem o poder de gerar tal efeito a partir da data do trânsito em julgado da sentença que condenou o agente pela prática do novo crime".* GRECO, ROGÉRIO. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral, volume 1. 13ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 729. No mesmo sentido, PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**, volume 1: parte geral. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 651.

[261] Segundo o art. 93, CP, "*verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior".*

[262] No sentido da interrupção da prescrição a partir da data em que transita em julgado a sentença condenatória pela prática do segundo crime. REGIS PRADO, **Curso de Direito Penal brasileiro**.11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 834; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 1. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 924;

[263] PORTO, Antonio Rodrigues. **Das prescrição penal**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 89.

já terá se esgotado.

Em outras palavras, o Juízo não pode reconhecer considerar a interrupção da prescrição pela reincidência enquanto inexistir trânsito em julgado da sentença condenatória pelo segundo crime; mas, quando o fizer, há interrupção da prescrição retroage à data da prática deste crime.

Em contrapartida, adotando a prática do segundo crime como marco interruptivo, surge um problema prático, na hipótese de, estando em curso a prescrição da execução com base em senteça condenatória transitada em julgado, efetuar-se a prisão em flagrante do condenado pela prática de segundo crime, mas, posteriormente, ocorrer a absolvição pela prática deste segundo crime. Nesta hipótese, a prescrição da execução com base na sentença condenatória do primeiro crime teria sido indevidamente interrompida. Assim, o remédio possível é considerar a interrupção da execução, por conta de prisão cautelar, com a eficácia subordinada à condição suspensiva da superveniência de sentença condenatória. Dessa forma, caso já esteja se aproximando o termo final da prescrição da execução, não se deve, de imediato, considerá-la interrompida pela prisão cautelar do cidadão por conta da prática de segundo crime; deve-se aguardar a condenação pelo novo crime, para haver a certeza quanto à reincidência. Dessa forma, se o cidadão for absolvido pela prática do segundo crime, não se dá a interrupção da prescrição da execução, e verifica-se a prescrição da execução relativa ao primeiro crime.

Não obstante, vale dizer, há dois efeitos que a reincidência provoca na prescrição da execução: o primeiro, acima mencionado, consiste na interrupção do prazo prescricional (art. 117, VI, CP); e o segundo, no aumento de um terço do prazo (art. 110, caput, CP). A respeito do segundo efeito, consagrou-se o entendimento respaldado no enunciado 220 da súmula do STJ, segundo o qual, *"a reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva"*.

Neste sentido, os dois efeitos da reincidência se realizam na hipótese de o cidadão ser condenado, por sentença judicial transitada em julgado, em seguida, praticar novo crime e, por fim, ser condenado pela prática deste segundo crime[264]. O primeiro efeito é o da interrupção da prescrição da execução, diante da prática do segundo crime (art. 117, VI, CP);

[264] Nas palavras de Gueiros e Japiassú, "Não há que confundir a reincidência, pertinente ao crime anterior que gera o aumento do prazo de prescrição do segundo crime, com a reincidência mencionada mais adiante (art. 117, VI, do CP), relativa ao crime posterior, que acarreta a interrupção da contagem do prazo da prescrição da pretensão executória do primeiro crime". SOUZA, Artur de B. Gueiros; JAPIASSU, Carlos E. A. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 563.

e o segundo efeito é o do aumento de um terço, no prazo da prescrição para se executar a pena relativa ao segundo crime (art. 110, *caput*, CP). Além disso, diante da prática de um terceiro delito, o prazo da prescrição da execução relacionado às penas dos dois primeiros delitos será interrompido (art. 117, VI, CP); e, ainda, o prazo da prescrição da execução relativa a este terceiro delito receberá aumento de um terço (art. 110, CP).

Por fim, vale ressaltar a confusa organização dos dispositivos penais, de modo que o artigo 110 do Código Penal dispõe, em seu caput, a respeito da prescrição da execução, mas em seu §1˚, sobre as modalidades da prescrição da persecução, retroativa e superveniente. Desta forma, parece evidente que o aumento de um terço do prazo prescricional, como está disciplinado no artigo 110, caput, refere-se apenas à prescrição da execução penal.

A respeito da confusão, vale esclarecer a razão de se considerar confusa a arrumação dos dispositivos penais a respeito da prescrição: o artigo 109 trata da prescrição da persecução penal; o artigo 110, caput, da prescrição da execução; o artigo 110, §1˚, da prescrição retroativa e intercorrente; o artigo 111, do termo inicial de contagem da prescrição da persecução penal; o artigo 112, do termo inicial da prescrição da execução; o artigo 113 determina que, no caso de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional, o prazo prescricional é regulado pelo tempo que resta da pena.

3.4 Modificações do prazo prescricional (redução e aumento)

O Código Penal prevê alterações do prazo prescricional para reduzi-lo ou aumenta-lo. Inicialmente, no que se refere às causas de redução, há a previsão de mais um tratamento benéfico, para o menor de 21 anos na data do fato e o maior de 70 anos na data da sentença, assim como a conhecida circunstância atenuante (art. 65, I, CP). Segundo o artigo 115 do Código Penal, diminuem-se pela metade os prazos prescricionais, na hipótese de o criminoso ser, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos. Vale ressaltar, a redução do prazo prescricional, em razão da idade, aplica-se a todas as modalidades prescricionais: prescrição da persecução pela pena em abstrato, prescrição retroativa, prescrição superveniente, prescrição da execução e, ainda, prescrição da pena de multa. Segundo a doutrina[265], o fundamento da redução está, no caso do menor de 21 (vinte e um), no insuficiente desenvolvimento psicossocial, e, no caso do maior de 70 (setenta) anos na data da sentença, na degeneração psíquica do agente.

[265] SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal,** Parte Geral. 5ª Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 643.

A respeito especificamente da redução do prazo para o menor de 21 (vinte e um) anos, não houve revogação do artigo 115, do Código Penal, diante do advento do Código Civil de 2002[266], já que o dispositivo mencionou expressamente a idade a que se refere, sem relação com a menoridade civil. Quando do advento do Novo Código Civil, surgiram vozes no sentido de que a previsão do artigo 115 teria perdido a sua razão de existência, diante do Código Civil de 2002, o qual estabeleceu a capacidade de fato aos 18 (dezoito) anos, ao contrário do Código de 1916, o qual a fixava aos 21 (vinte e um) anos[267]. Posição rechaçada na jurisprudência, a qual aplica a redução do prazo prescricional para o menor de 21 (vinte e um) anos. Resta, no mínimo, criticável[268], a redução de prazo para o menor de 21 anos, tendo em vista a sua imaturidade, no ordenamento jurídico que admite, ao maior de 18 anos, possa votar desde os 16 anos (art. 14, §1˚, c, CF), ser eleito vereador (art. 14, §3˚, c, CF), exercer a função de jurado e, ainda, tenha plena capacidade civil (art. .

Da mesma forma, o advento do Estatuto do Idoso não alterou a previsão de redução do prazo prescricional para o maior de 70 (setenta) anos, já que o dispositivo menciona expressamente a idade, sem conexão com o conceito de *idoso* estabelecido pela legislação civil[269].

Ademais, ainda quanto à diminuição do prazo prescricional prevista no art. 115, também se poderia discutir a sua aplicação na hipótese de o idoso fazer 70 (setenta) anos na data do acórdão. Parte da doutrina[270] sustenta a aplicação da redução do prazo na hipótese de

---

[266] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 718.

[267] REGIS PRADO, **Curso de Direito Penal brasileiro**., 4ª Ed., p. 731. Em edições mais recentes, o autor adota a posição dominante: "*Cumpre salientar que, não obstante a equiparação do marco etário (18 anos) da responsabilidade civil à penal, aplica-se a redução do prazo prescricional para o menor de 21 anos por razões de política criminal (norma penal mais benéfica)".* REGIS PRADO, **Curso de Direito Penal brasileiro**.11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 829. Tourinho Filho é preciso na contundente crítica ao dispositivo: "(…) uma vez que o Código Civil diminuiu a plena capacidade dos 21 para os 18 anos, não se justificam as restrições de que tratam os arts. 15, 34, 52, 54, 194, 449, 564, III, c, todos do CPP. Diga-se o mesmo em relação aos arts. 65, I, e 115 do Código Penal. Não tem sentido a alegação de que a regra do art. 115 do CP deva permanecer considerando o menor de 21 imaturo e o legislador conferindo ao maior de 18 a capacidade para integrar o corpo de jurados, para ser vereador." TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume 1. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 658.

[268] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume 1. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 655.

[269] No sentido do texto, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume 1. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 655. Apesar disso, há vozes no sentido de que, diante do art. 1˚ da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso), o limite etário deve ser alterado de 70 (setenta) para 60 (sessenta) anos, tal como se define o cidadão idoso naquele diploma legal. Tratar-se-ia de analogia *in bonam partem* admitida pelo princípio da legalidade penal. Neste sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** - Parte Geral. 5ª Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 649. REGIS PRADO, **Curso de Direito Penal brasileiro**.11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 829.

[270] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 1. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 928; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume 1. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 655.

o idoso completar os 70 (setenta) anos na data do acórdão que confirma a sentença condenatória ou que reforma a sentença absolutória. Há ainda o entendimento segundo o qual "sentença" deve-se entender a data do trânsito em julgado[271]. A rigor, a discussão sobre o conceito de "sentença" estampa, em parte, a cultura jurídica brasileira, a qual insiste em controvérsias sobre dispositivos legais cujo significado o Legislador não deixou dúvida. O dispositivo legal elege, como marco para a redução do prazo prescricional, a idade do idoso na data da sentença condenatória, como o primeiro veredicto condenatório no processo penal, sendo irrelevante a data em que se profere acórdão, após recurso da decisão de primeiro grau, ou, ainda, a data do trânsito em julgado[272].

Assim, o STF[273] apreciou caso em que o idoso tinha 69 anos de idade na data da sentença condenatória (02/02/2010), mas 73 anos na data do julgamento do acórdão interposto contra a sentença (03/03/2014). Pelas razões acima mencionadas, o Tribunal afastou a redução do prazo prescricional (art. 115, CP), a qual somente se aplica na hipótese de o acusado já ter 70 anos na data da sentença condenatória. Em caso semelhante, deixou assentada a jurisprudência do STJ[274], *"o benefício previsto no artigo 115 do Código Penal não se aplica ao réu que completou 70 anos de idade após a data da primeira decisão condenatória."* Não obstante, o STF[275] já teve também a oportunidade de enfrentar caso no qual o acusado tinha 69 anos de idade na data da sentença condenatória (02/02/2010), mas, quando do julgamento dos embargos de declaração por ele opostos contra a sentença (05/05/2010), os quais foram negados, já tinha 70 anos. Na ocasião, o Tribunal admitiu a redução do prazo prescricional, sob o fundamento de que os embargos de declaração destinavam-se a integrar a sentença.

Aplica-se a redução do prazo igualmente na hipótese de a ação penal ter se originado no Tribunal, e o idoso completar os 70 (setenta) anos até a data do acórdão, pois, neste caso, o acórdão faz as vezes da sentença, e se permite a aplicação do dispositivo.

Já a segunda alteração de prazo prescricional está prevista no art. 110, *caput*, do

---

[271] LOZANO JÚNIOR, José Júlio. Prescrição penal. São Paulo: Saraiva, 2002. 318 p. 199. Neste mesmo sentido, sob o argumento de que, diante da falta de clareza da norma jurídica em matéria penal, interpreta-se de modo mais favorável ao acusado: FAYET JÚNIOR; FAYET, Marcela; BRACK, Karina. **Prescrição penal**: temas atuais e controvertidos, doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, p. 50.

[272] Neste sentido, BALTAZAR, Antonio Lopes. **Prescrição penal**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 85. A jurisprudência dos Tribunais Superiores inclina-se neste mesmo sentido: STF, RHC 125565-DF, 2ª T., rel. Teori Zavascki, 05.05.2015; STF, HC 127260, 1ª T., rel. Luis Roberto Barroso, 28.04.2015; STF, HC 107.498, 2ª T., rel. Min. Ayres Britto, 04.10.2011; STJ, HC 24674, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 17/02/2004.

[273] STF, 2ª Turma, HC 129696/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 19/04/2016.

[274] STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 332.735/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 16/02/2016.

[275] STF, Plenário, AP 516 ED/DF, Rel. Orig. Min. Ayres Britto, Red. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 05/12/2013.m

Código. Refere-se especificamente à prescrição da execução, cujo prazo será aumentado em 1/3 (um terço), na hipótese de se reconhecer a reincidência na sentença condenatória. E, tal como esclarece o enunciado 220 da súmula da jurisprudência do STJ, o entendimento consagrado é o de que "*a reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva".*

3.5 Prescrição das penas restritivas de direito e de multa

Há previsão no art. 118 do Código Penal no sentido de que as penas mais leves prescrevem com as mais graves. À primeira vista, tratar-se-ia de previsão supérflua[276], pois, tendo em vista que o sistema prescricional no Brasil obedece à regra de cálculo com base na quantidade de pena (arts. 109 e 110, CP), resta evidente que a prescrição de penas menos graves se dará por decurso de tempo menor do que o das penas mais graves. Assim, relevante é destacar a disciplina jurídica das penas restritivas de direito e da pena de multa. No entanto, este não é o único sentido da interpretação do art. 118, CP.

Quando se cominam no tipo penal duas penas diversas, sendo'uma mais grave do que a outra, ainda que aquela tenha menor prazo prescricional, prescreve junto com a segunda (art. 118, CP). Este raciocínio aplica-se à prescrição das penas restritivas de direito (art. 109, parágrafo único, CP) e da pena de multa (art. 114, CP).

A prescrição das penas restritivas de direito verifica-se nos mesmos prazos das penas privativas de liberdade substituídas (art. 109, parágrafo único, CP). Neste sentido, o STF[277], ao apreciar caso envolvendo a condenação do réu, pelo crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, CTB), à pena de dois anos e seis meses de detenção e suspensão da habilitação, considerou que *"sendo a reprimenda de suspensão de habilitação para dirigir, espécie de pena restritiva de direitos, aplica-se a ela o mesmo prazo de prescrição previsto para as privativas de liberdade, nos termos do parágrafo único do art. 109 do CP".*

Em contrapartida, no que toca à pena de multa, conforme o art. 114, CP, o qual teve a sua redação alterada pela Lei n° 9.268/96, a prescrição obedece a prazo fixo ou variável, a depender da sua cominação ou aplicação isolada, alternativa ou cumulativa com penas privativas de liberdade.

---

[276] SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal:** Parte Geral. 5ª Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 654.

[277] STF, HC 104234-SP, 1ª T., rel. Ricardo Lewandowski, 28.09.2010

Assim[278], de modo detalhado, quanto à pena de multa há três hipóteses I) quando a pena de multa for a única cominada para o tipo penal, o prazo prescricional se dá em 2 (dois) anos; II) quando for a única aplicada ao crime, tendo em vista tendo em vista a substituição da pena privativa de liberdade não superior a 6 (seis) meses (art. 60, §2˚, CP), o prazo prescricional da pena de multa também se dá em 2 (dois) anos; III) quando for alternativamente cominada à pena privativa de liberdade, a prescrição da pena de multa se dá no prazo estabelecido para a prescrição da pena privativa de liberdade[279]; IV) quando for cominada ou aplicada cumulativamente com a pena privativa de liberdade, a pena de multa prescreve no mesmo prazo previsto para esta última[280].

Em contrapartida, a execução da pena de multa se dá através da Fazenda Pública, nos termos do art. 51, CP. O prazo de 5 (cinco) anos previsto no art. 174, CTN, refere-se apenas ao crédito tributário, submetendo-se a execução da pena de multa ao prazo prescricional definido pelo art. 114, CP[281].

3.6 Prescrição nas medidas de segurança

Discute-se a correta solução da prescrição penal, nos casos de imposição de medida de segurança, tendo em vista que não se aplicam com base numa *pena aplicada*, tal como menciona o art. 110, caput e §1˚, CP. Mais do que isso, as medidas de segurança têm a sua duração determinada pela subsistência das razões que apontam a periculosidade do agente, e não pela medida da reprovação da sua culpabilidade. Justamente por esta razão, parte da doutrina[282] recusa terminantemente a aplicação da prescrição penal nas medidas de

---

[278] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume 1. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 652.

[279] Exemplo: comina-se, para o crime de constrangimento ilegal (art. 146, CP), pena de detenção de três meses a um ano ou multa. A prescrição da pena de multa se verifica no mesmo prazo previsto para a pena privativa de liberdade, 4 anos (art. 109, V; art. 114, II, CP). Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume 1. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 652.

[280] Exemplo: No crime de furto (art. 155, CP), há a cominação de pena privativa de liberdade de 1 (um) a 4 (quatro) anos conjuntamente com a pena de multa. Assim, tendo em vista a previsão cumulativa da multa, o prazo prescricional será o mesmo previsto para a pena privativa de liberdade: 8 (oito) anos (art. 109, IV, CP). Assim, caso a sentença condene o acusado à pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos e multa, o prazo da prescrição da execução, para ambas as penas, será de 4 (quatro) anos (art. 109, V, CP). Mudando o exemplo, caso se estabeleça a pena de 6 (seis) meses, e o Juízo a substitua para a multa, o prazo prescricional será de 2 (dois) anos, com base no artigo 114, I, do CP.

[281] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume 1. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 653.

[282] Segundo Antonio Rodrigues Porto, *"Diante de tudo isso, a conclusão é inexorável: A medida de segurança é imprescritível. A razão é simples, pois sua razão está fundada na persistência ou não dos motivos que ensejaram a sua imposição. Assim, enquanto perdurar a perigosidade, o sentenciado permanecerá internado, nos termos do art. 97, §1˚, do Código Penal. Tanto isso é verdade que a imposição da internação, embora tenha um período mínimo como termo inicial, é por prazo indeterminado."* PORTO,

segurança.

Nada obstante, embora a tônica das medidas de segurança não seja a repressão do fato praticado, mas a periculosidade do agente para o futuro, não se pode negar o seu caráter sancionatório. De modo que deve existir restrição temporal para a sua imposição. Ainda que o Legislador não tenha mencionado expressamente a prescritibilidade das medidas de segurança, admite a aplicação de causas de extinção da punibilidade também para esta sanção penal (art. 96, parágrafo único, CP). Em sendo a prescrição uma causa extintiva da punibilidade, aplica-se também às medidas de segurança.

Justifica-se a prescritibilidade do poder estatal de imposição de medidas de segurança, já que, embora não tenham a natureza jurídica de pena, mas de medida supostamente terapêutica, traduzem em efetiva restrição aos direitos fundamentais do cidadão[283]. Do contrário, não haveria razão para justificar tratamento absolutamente prejudicial, em matéria prescricional, ao réu a que se impõe a medida de segurança. Vale ressaltar, a diferença entre a aplicação da pena ou de medida de segurança está nas características do sujeito que realizou o injusto penal, ou seja, em quem ele é. E a discriminação no tratamento da matéria prescricional entre imputáveis e inimputáveis violaria o princípio constitucional da isonomia (5˚, *caput,* CF).

Porém, a discussão tem sentido tão somente nas modalidades prescricionais baseadas na pena aplicada em sentença condenatória. No que diz respeito à prescrição da persecução penal pela pena em abstrato, utiliza-se normalmente a pena máxima prevista no respectivo tipo penal, como base para o cálculo do prazo prescricional (art. 109, CP), ressalvada a redução de um a dois terços da pena prevista para o semi-imputável (art. 26, parágrafo único CP).

Além disso, no que diz respeito ao semi-imputável, a aplicação da medida de segurança resulta de substituição da pena anteriormente imposta. Logo, a prescrição com base na pena aplicada se dá com base na pena substituída[284]. Assim, a controvérsia reside na prescrição da execução penal na hipótese de sentença que imponha medida de segurança a inimputável.

Assim, dentre as soluções possíveis, a primeira é considerar a prescrição somente no que se refere à persecução penal, e desconsiderar a prescrição da execução penal, já que esta

---

Antonio Rodrigues. **Das prescrição penal**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 101.

[283] FAYET JÚNIOR; FAYET, Marcela; BRACK, Karina. **Prescrição penal**: temas atuais e controvertidos, doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, p. 132.

[284] Idem, p. 132. No mesmo sentido, SOUZA, Artur de B. Gueiros; JAPIASSU, Carlos E. A. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, 568.

diz respeito à imposição da pena[285]. Em suma, a solução seria apontar a imprescribitilidade da imposição de medida de segurança. No entanto, este entendimento coloca a medida de segurança num patamar absolutamente mais gravoso do que a imposição de pena. De modo que o condenado ao qual se impuser medida de segurança a ela se submeterá, mesmo na hipótese de, caso imputável fosse, o crime já estar prescrito.

Já a segunda solução[286], a qual se aponta em precedentes do STJ[287], é considerar ambas as modalidades prescricionais, mas tendo por base sempre a pena máxima cominada ao respectivo tipo penal. Ora, se a medida de segurança é espécie do gênero sanção penal, nada obsta à previsão de sua prescrição. No entanto, as modalidades prescricionais que tomam por base a pena aplicada exigem sentença condenatória, de maneira a concretizar a pena a servir de cálculo da prescrição. Como no caso da medida de segurança profere-se sentença absolutória, ainda que imprópria, não admitem a prescrição com base na pena em concreto. Porém, utiliza-se, por analogia, a pena máxima cominada ao tipo penal respectivo. Porém, a posição consgrada na jurisprudência desconsidera o fato de que a medida de segurança não tem prazo determinado e tampouco se submete às penas mínima e máximas estabelecidas em abstrato ao cominar o tipo penal.

E a terceira posição[288], que vem sendo adotada na jurisprudência do STF[289], é considerar a prescrição da persecução penal com base na pena máxima cominada em abstrato ao delito e a prescrição da execução, no prazo máximo de 30 (trinta) anos, a partir de uma analogia com o tempo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade (art. 75, CP)[290]. Neste caso, mais uma vez, pode-se formular, como crítica ao entendimento, o fato de que a medida de segurança não tem prazo determinado e tampouco se submete às penas mínima e máximas estabelecidas em abstrato ao cominar o tipo penal.

Além das soluções citadas, também se poderia cogitar de outras, tais como o cálculo do prazo da prescrição da execução com base no tempo mínimo de medida de segurança

---

[285] Neste sentido, BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal**: parte geral, 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, p. 651.

[286] SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da prescrição penal**: de acordo com as Leis n˚s 9268/96 e 9271/96: doutrina, prática, jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 122.

[287] STJ, RHC 86.888-SP, 5ª Turma, rel. Jorge Mussi, DJ 02.12.2005; STJ, HC 259.535-BA, 5ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio Belizze, DJ 10.09.2013; STJ, RHC 30915, 6ª Turma, rel. Rogério Schietti Cruz, j. 18.06.2014.

[288] Ney Fayet Júnior propõe ainda outra solução, a qual consistiria em tomar como base de cálculo, na prescrição da execução das medidas de segurança, o mínimo cominado abstratamente ao tipo penal, de modo a conferir situação mais benigna ao acusado. FAYET JÚNIOR; FAYET, Marcela; BRACK, Karina. **Prescrição penal**: temas atuais e controvertidos, doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, p. 132.

[289] STF, HC 107.777-RS, 2ª T., rel. Ayres Britto, 08.02.2012.

imposto na sentença; ou o estabelecimento deste prazo prescricional com base no menor prazo prescricional previsto no Código Penal, que atualmente corresponde a três anos (art. 109, VI, CP); ou a aplicação da prescrição da execução com base na pena mínima cominada ao respectivo tipo penal[291]; ou, ainda, por fim, a sugestão para que cada sentença que impuser medida segurança traga também uma fictícia dosimetria, para caso fosse aplicada pena.

No entanto, nenhuma das soluções com base no direito vigente mostra-se satisfatória. As modalidades prescricionais que tomam como base a pena aplicada na sentença não se compatitibiliza com as medidas de segurança, em relação às quais não há limite máximo de duração. Por esta razão, adiante sugere-se a previsão em lei de prazo específico para a prescrição das medidas de segurança.

3.7 Concurso de crimes

Na hipótese de concurso de crimes, o cálculo do prazo prescricional incide sobre cada um dos crimes, isoladamente (art. 119, CP). A previsão do dispositivo legal aplica-se tanto no concurso material quanto no concurso formal de crimes e, ainda, no crime continuado. Ademais, diz respeito a qualquer modalidade prescricional prevista no Código.

Em primeiro lugar, no que se refere ao concurso material, embora a regra de aplicação de pena determine o cúmulo material, a soma das penas privativas de liberdade (art. 69, CP), a prescrição incide para cada crime individualmente (art. 119, CP)[292].

Em segundo lugar, também no concurso formal, no qual a aplicação da pena determina o acréscimo de causa de aumento de pena de um sexto até a metade à pena de um dos crimes, se forem iguais; ou do mais grave, se forem diversos (art. 70, CP), calcula-se o prazo prescricional individualmente para cada crime. esta incide a causa de aumento de pena (art. 70, CP)[293].

---

[291] FAYET JÚNIOR; FAYET, Marcela; BRACK, Karina. **Prescrição penal**: temas atuais e controvertidos, doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, p. 128. Os autores sugerem a aplicação das modalidades prescricional com base na pena mínima cominada ao respectivo tipo penal, sob o interessante argumento de que o prazo prescricional deve ser menor do que o relativo ao semi-imputável, cuja pena recebe redução de um a dois terços (art. 26, parágrafo único, CP) e, por conseguinte, provoca redução também no prazo prescricional.

[292] Exemplo: diante da prática dos delitos de peculato (art. 312, CP) e associação criminosa (art. 288, CP), em concurso material, a prescrição da persecução, com base na pena em abstrato, do primeiro crime, cuja pena máxima é de 12 (doze) anos, tem o prazo de 16 (dezesseis) anos (art. 109, II, CP) e a do segundo, para o qual a pena máxima prevista é de 3 (três) anos, em 8 (oito) anos (art. 109, IV, CP).

[293] Exemplo: na hipótese de concurso formal de crimes de homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, Lei n° 9.503/97), cuja pena máxima cominada é de 4 (quatro) anos, aplica-se o prazo prescricional

Aliás, mesmo na hipótese de concurso formal heterogêneo, aplica-se a regra do artigo 119 do Código, segundo a qual o cálculo prescricional deve ser isolado a cada crime. Assim, diante de uma condenação de concurso formal entre os crimes de homicídio culposo (art. 302, CTB) e lesão corporal culposa (art. 303, CTB), ambos na direção de veículo automotor, aplica-se a pena do crime mais grave, por inteiro, e em seguida, na terceira fase da dosimetria da pena, faz-se incidir a causa de aumento de pena, de um sexto até a metade (art. 70, CP), relativa ao concurso formal com o crime de lesão corporal culposa no trânsito.

E também a regra prescricional aplica-se ao crime continuado, ainda que a aplicação da pena se dê sobre a pena de um crime, sobre o qual incide o aumento da pena de um sexto a dois terços (art. 71, CP)[294]. Assim, considera-se a pena aplicada isoladamente, para cada delito, sem o acréscimo da causa de aumento de penade um sexto até dois terços (art. 71, CP). Tendo em vista que a jurisprudência exige, para a configuração do crime continuado, a prática de delitos previstos no mesmo tipo penal (acrescentar precedentes do STF), o raciocínio se assemelha ao concurso formal homogêneo.

Com efeito, há dois sistemas de cálculo prescricional no crime continuado. O primeiro enfatiza o início do prazo prescricional a partir do último crime praticado; já o segundo, adotado no vigente direito brasileiro, estipula o termo inicial do prazo para cada crime individualmente[295].

A contagem do prazo prescricional individualizada para cada elo da cadeia do crime continuado é, no direito brasileiro, inovação produzida pela Reforma da Parte Geral de 1984. O art. 111, c, da redação originária do Código Penal de 1940 determinava o termo inicial do prazo prescricional a partir do último ato da continuação criminosa. A solução do direito anterior trazia regra mais gravosa, em matéria prescricional, do crime continuado em relação ao concurso material de crimes.

Neste sentido, a regra prescricional prevista para o crime continuado mostra-se, à primeira vista, incongruente com o disposto no art. 71 do Código Penal. Com efeito, o crime

---

de 8 (oito) anos (art. 109, IV, CP), para cada delito isoladamente. A regra se aplica ainda que os crimes sejam diversos, tais como, exemplificando, o concurso formal de crimes de homicídio culposo (art. 302, CTB) e lesão corporal culposa (art. 303, CTB), ambos na direção de veículo automotor. Neste segundo exemplo, não se aplica a pena do crime de lesão corporal, mas apenas a fração de aumento prevista no artigo 70. Porém, para fins de prescrição, com base na pena em concreto, considera-se a pena relativa ao crime mais grave, o homicídio culposo no trânsito (art. 302, CP), antes da aplicação da causa de aumento; e, no que se refere à lesão corporal no trânsito (art. 303, CP), tendo em vista que não há pena concretizada em sentença condenatória, utiliza-se como parâmetro a pena mínima cominada ao delito.

[294] Neste sentido, o enunciado 497 da súmula da jurisprudência dominante do STF sedimenta, "*quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação"*.

[295] FAYET JÚNIOR; FAYET, Marcela; BRACK, Karina. **Prescrição penal**: temas atuais e controvertidos, doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007, p. 31.

continuado é um instituto jurídico destinado a, em benefício do agente, afastar a aplicação do concurso material de crimes[296]. Assim, adota-se, no art. 71 do Código, a teoria da ficção jurídica, segundo a qual formula-se uma unidade fictícia para a prática de duas ou mais condutas, nas mesmas circuntâncias de tempo, lugar e modo, realizando dois ou mais tipos penais homogêneos. Assim, aplica-se a pena de um só dos crimes, acrescentando-se a causa de aumento de pena de um sexto a dois terços (art. 71, CP). Em contrapartida, no que toca à matéria da prescrição, consideram-se os crimes individualmente (art. 119, CP), para que o agente não receba tratamento pior do que no concurso material de crimes (art. 69, CP).

Não obstante, particular problema surge na aplicação da redução do prazo prescricional tendo por base a idade do réu (art. 115, CP) em hipótese de crime continuado. Qual seria a solução jurídica diante de réu que atinge idade superior a 21 anos ao longo da prática da cadeia delitiva. Tendo em vista o disposto no art. 119, CP, a conclusão é a aplicação da redução do prazo prescricional apenas para os delitos praticados enquanto o agente tinha 21 anos. Não obstante, o entendimento dominante é a aplicação da redução do prazo para todos os delitos no contexto do crime continuado[297].

Segundo do concurso de crimes, prevista no Código Penal, apresenta-se desproporcional. Ora, seguindo o exemplo anteriormente citado, a prática de mais de um homicídio culposo no trânsito, em concurso formal, é mais grave e de maior dificuldade para a persecução penal, do que a prática de um crime único. O mesmo se pode dizer quanto ao concurso material de crimes.

Vale destacar, a regra prevista no artigo 119 do Código aplica-se também às modalidades prescricionais que não se baseiam na pena cominada abstratamente pelo legislador, mas na pena aplicada por sentença condenatória, como a prescrição retroativa, superveniente e a prescrição da execução. Assim, mesmo nestas modalidades prescricionais, considera-se a prescrição com base na pena aplicada a cada crime, isoladamente. Dessa forma, na hipótese de condenação pelos crimes de peculato (art. 312, CP) e associação criminosa (art. 288, CP), em concurso material, pelas penas, sucessivamente, de 3 (dois) e 2 (um) anos, a prescrição, com base na pena aplicada, dá-se, também sucessivamente, em 8 (oito) e 4 (quatro) anos, com base no artigo 109, IV e V, do Código Penal.

Além disso, a regra do artigo 119 do Código aplica-se também na prescrição da execução referente ao concurso formal de crimes. Vale dizer, o prazo prescricional, neste caso, calcula-se isoladamente para cada crime e com base na pena aplicada antes da

[296] Id., p. 24.
[297] Id., p. 37.

incidência da causa de aumento prevista no artigo 70 do Código Penal. Dessa forma, o cálculo do prazo prescricional despreza o aumento de pena de um sexto até a metade, tal como previsto no dispositivo legal.

4 MODELO BRASILEIRO: CRÍTICAS E SUGESTÕES

O sistema prescricional brasileiro não obedece aos fundamentos da prescrição, que apontam a extinção do direito de punir à medida em que o Estado perde o interesse na persecução do fato criminoso. Não protege o direito de liberdade do cidadão, mas fortalece o senso comum no sentido de que o instituto contribui para a terminação dos processos, impedindo-os de chegar ao fim para definir a inocência ou a culpa do acusado. E, nos casos em que a persecução penal chega a proferir sentença condenatória contrária ao cidadão, não se pode executar a pena imposta, porque esta etapa está impedida pela prescrição.

A prescrição da persecução penal reúne dois fatores problemáticos: a falta de suficientes causas interruptivas do prazo prescricional e a diminuição progressiva dos prazos ao longo da persecução, através da previsão de modalidades prescricionais baseadas na pena em concreto, especialmente, a prescrição retroativa.

Primeiro, quanto às causas interruptivas, o prazo prescricional corre desde a prática do fato, após a instauração de inquérito policial, e, ainda, depois do recebimento da denúncia, mas com poucos eventos processuais que produzam a sua interrupção ou suspensão. A rigor, após o recebimento da denúncia, tão somente a sentença condenatória o interrompe (art. 117, IV, CP). Não há a previsão de qualquer causa interruptiva neste interregno, tal como se o Estado, através das agências destinadas à persecução penal, incluindo-se, a acusação e o órgão julgador, permanecessem inertes, alheios a tudo[298].

A insuficiência de causas interruptivas revela-se, inclusive, na interrupção da prescrição pela decisão confirmatória da pronúncia (art. 117, III, CP), mas não pela decisão confirmatória da denúncia. A mera extensão do procedimento do tribunal do júri não basta para fundamentar esta distinção. Mais do que isso, mesmo após a sentença condenatória, o acórdão somente interrompe a prescrição se consistir na primeira condenação no processo ou numa condenação que aumentar a pena já estabelecida na sentença condenatória. Sequer o acórdão que meramente confirma a condenação imposta na sentença interrompe o prazo prescricional. Há uma combinação explosiva, neste caso, com o sistema processual pródigo em recursos, de modo a incentivar o manejo de recursos protelatórios, para, ao fim do processo, alcançar a prescrição da

[298] Neste sentido, o §78b, III, StGB chega ao ponto de prever a suspensão do prazo prescricional após a sentença condenatória.

execução. Além disso, a previsão gera efeito desigual no processo penal.

Ainda quanto às causas interruptivas, deve-se acrescentar ao rol do art. 107 a sentença absolutória imprópria, cuja ausência no rol impede a sua aplicação no direito vigente. É necessária a previsão, ainda, da sentença absolutória imprópria que impõe medida de segurança ao réu.

Em seguida, destaca-se uma característica que torna o modelo prescricional brasileiro bastante peculiar: a diminuição dos prazos prescricionais à medida em que se avança a persecução e a execução penal. Há, no direito comparado, a tendência de estipulação de prazos prescricionais diversos para a prescrição da persecução e a prescrição da execução da pena imposta na sentença condenatória, de modo que os da segunda modalidade sejam superiores aos da primeira[299]. O avanço da persecução penal, a partir da prática de atos estatais destinados à sentença condenatória e a sua execução, mostra o interesse do Estado no castigo do autor do fato.

A previsão de prazo prescricional contra a persecução penal justifica-se diante do efeito disciplinador que o prazo exerce, obrigando o Estado a atuar. Assim, nas hipóteses em que não se pode disciplinar o Etado pelo desinteresse ou ineficiência na persecução penal, não se justifica o decurso do prazo prescricional. Daí, a previsão de causas suspensivas da prescrição (art. 116, CP). Da mesma maneira, justifica-se a previsão de causas interruptivas diante da prática de determinados atos processuais que demonstrem o interesse do Estado na persecução penal.

No entanto, antes mesmo da sentença penal condenatória, os prazos reduzem-se à medida em que avança a persecução penal dirigida ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Neste ponto, o modelo brasileiro assemelha-se à corrida de 5 quilômetros, a qual deve finalizada em 25 minutos, mas a cada quilômetro, não apenas passa o tempo, mas também se reduz um minuto no tempo do qual o corredor dispunha.

Neste sentido, ainda na prescrição da persecução penal, a prescrição retroativa é uma construção dogmática insustentável. A previsão da sentença condenatória recorrível como causa interruptiva da prescrição (art. 117, IV, CP) associa-se à admissibilidade de duas modalidades prescricionais, com base na pena em concreto, mas com termo inicial na data da sentença: a modalidade superveniente, que tem por termo inicial a data da

[299] Para ficar apenas com dois exemplos, mencione-se o direito alemão, cujo §79, StGB apresenta os prazos da prescrição da execução, os quais são mais extensos do que os prazos da prescrição da persecução penal, previstos no §78, StGB; e, ainda, o direito italiano, cujo art. 172 do Código Penal determina o cálculo do prazo da prescrição da execução penal com base no dobro da pena aplicada e, em todo o caso, não superior a trinta anos e tampouco inferior a dez anos.

sentença condenatória transitada em julgado para a acusação e corre até o trânsito em julgado; e a modalidade retroativa, que tem o termo inicial também fixado na data da sentença, mas retroage a período anterior.

A prescrição com base na pena em abstrato realiza o princípio constitucional da proporcionalidade, já que prevê os prazos com base na gravidade em abstrato de cada tipo penal, e os adapta, a partir das causas de aumento e de diminuição de pena, às particularidades do caso. Já a prescrição com base na pena em concreto, além de basear-se na proporcionalidade, conforma o prazo prescricional à individualização a pena e a culpabilidade de cada réu[300]. Este é o fundamento da prescrição superveniente, mas não justifica a prescrição retroativa.

A prescrição retroativa, invenção do direito brasileiro, não surgiu de expressa previsão legislativa, mas da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, desde o artigo 35 do Decreto n° 4.780/23, ganhando força com a controvérsia sobre a interpretação do artigo 110, parágrafo único, do Código de 1940, o qual se referia à prescrição, "depois de sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido".

Segmento importante da doutrina à época da redação originária do art. 110, parágrafo único, CP de 1940, posicionava-se de forma contrária à prescrição retroativa. Neste ponto, Magalhães Noronha[301] ressaltava precisamente que a sentença, por ser marco interruptivo, provocava a interrupção e a extinção do prazo já contado até aquele momento.

Ademais, a Reforma da Parte Geral de 1984 trouxe amplitude para a prescrição retroativa que não havia no cenário da aplicação da súmula 146 do STF[302]. Após a

---

[300] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral*, 1.* 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 899.

[301] Destaca Magalhães Noronha: "Com efeito, o legislador não se contentou em dizer que o curso prescricional se interrompe pela sentença condenatória recorrível (art. 117, n° IV); teve receio de não ser entendido e por isso declarou no §2° "interrompida a prescrição, salvo a hipótese do n° V, todo o prazo começa a correr novamente do dia da interrupção". Consequentemente, prolatada a sentença, põe-se um têrmo ao prazo que vinha correndo, e outro se inicia depois dela. Logo, não há falar em retroatividade da pena aplicada para regular prazo prescricional que foi interrompido, que se extinguiu com a sentença". NORONHA, Magalhães E. *Direito Penal 1° volume (Introdução e Parte Geral).* São Paulo: Ed. Saraiva, 1959, p. 509. No mesmo sentido: MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal, vol. III.* São Paulo: Saraiva, 1956, p. 416. PORTO, Antonio Rodrigues. PORTO, Antonio Rodrigues. Das prescrição penal. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 62. Já Heleno Fragoso, antes ferrenho crítico da prescrição retroativa, passou a admiti-la: Já nos alinhamos entre os críticos vigorosos dessa prescrição retroativa, chamando-a inclusive de teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto (Exposição de Motivos do CP de 1969). Hoje, pensamos que ela deve ser mantida, considerando-se a falência completa das penas privativas da liberdade e os longos prazos previstos pela nossa lei para a prescrição. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral.* Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985, p. 427.

[302] GUARAGNI, Fábio. **Prescrição penal e impunidade**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 110.

reforma, admitiu-se expressamente a retroatividade da prescrição para o período anterior ao recebimento da denúncia, até a data do fato. Além disso, o texto originário do Código de 1940 trazia, como requisito para a prescrição retroativa, que apenas o réu tivesse recorrido da sentença; já a Reforma passou a admiti-la a partir da "sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação".

Recentemente, no período posterior à Reforma de 1984, a Lei n° 12.234/10 extinguiu parte da prescrição retroativa, que se referia a período anterior ao recebimento da denúncia. Trata-se, efetivamente, de uma tendência do direito brasileiro a eliminação progressiva do instituto[303].

Com efeito, não há parâmetro da prescrição retroativa no direito comparado. Na Itália, o art. 160 do CP aponta indiretamente a recepção da prescrição superveniente à sentença pela pena em concreto; e na Espanha, com base na STS 23.09.74, admite-se que, havendo recurso do Ministério Público, estabeleça-se a prescrição com base na pena nele postulada[304]. Já no direito penal alemão, não há, no StGB, a previsão de prescrição da persecução penal com base na pena em concreto, tal como o Brasil, que admite as modalidades prescricionais retroativa e superveniente; a pena aplicada na sentença utiliza-se apenas na prescrição da execução penal. Aliás, mais ainda, a sentença condenatória suspende o prazo prescricional (§78b, 3), StGB).

A rigor, a prescrição retroativa é uma criação dogmática brasileira insustentável, que supervaloriza o cálculo do prazo, para homenagear o princípio da proporcionalidade e da individualização da pena, desprezando-se os fundamentos da prescrição atrelados aos fins da pena[305]. Os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena justificam o cálculo da prescrição da persecução penal com base na gravidade do delito, respeitando-se as particularidades do caso concreto, a partir da influência que as causas de aumento e de diminuição provocam no prazo; justifica, ainda, a prescrição superveniente à sentença, a qual é calculada com base na pena em concreto; mas não serve para fundamentar a prescrição retroativa.

É possível destacar uma série de razões pelas quais se afirma que a prescrição retroativa é insustentável.

Em primeiro lugar, é incompatível estabelecer a sentença condenatória como

---

[303] Neste sentido, o MPF sugere a sua eliminação, na medida de n° 6, dentre o Pacote das 10 Medidas contra a corrupção.

[304] GUARAGNI, Fábio. **Prescrição penal e impunidade**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 106.

marco interruptivo e, em seguida, utilizar-se o prazo decorrido antes da sentença ser proferida, para decretar a chamada *prescrição retroativa*. Diante da ocorrência de causa interruptiva da prescrição, despreza-se, inutiliza-se o tempo decorrido anteriormente, e reinicia-se a sua contagem desde o início, como se o termo inicial fosse aquele exato instante (art. 117, §2˚, CP). O período decorrido antes da ocorrência da causa interruptiva extingue-se e perde a sua validade para cálculo do prazo prescricional. Aliás, por esta razão, afirma-se, a diferença entre a interrupção e a suspensão da prescrição está em que, na primeira, o tempo decorrido antes do marco não vale mais para a contagem, enquanto na segunda, aproveita-se. Contudo, em se admitindo a prescrição retroativa, o prazo prescricional é reaberto, após o marco interruptivo, e passa a se calcular com base na pena fixada na sentença condenatória, para um período que já passou antes desta ser proferida.

Em segundo, tendo em vista que a pena imposta na sentença condenatória é utilizada para o cálculo da prescrição, não pode esta determinar a extinção da sentença condenatória, pois, se esta não existir, não haveria também a prescrição[306]. A rigor, a prescrição retroativa produz, como efeito, o descarte do seu próprio fundamento, a sentença condenatória[307].

Em terceiro, sobre o mesmo período temporal não podem incidir duas modalidades diversas da prescrição, e ainda com prazos diversos. Deve haver uma única contagem do prazo prescricional para cada período temporal. Não faz sentido contar duas vezes a prescrição da persecução penal, no mesmo período de tempo, mas com prazos prescricionais diferentes. E em terceiro, não se pode usar a pena aplicada como parâmetro para o cálculo do prazo prescricional anterior à sentença, pois neste período ainda não existia. Por fim, à medida em que se avança a persecução penal, o Estado demonstra o seu interesse de atuar sem dispensar o castigo. Por esta razão, o direito comparado prevê prazos superiores para a prescrição da execução penal.

Adiante, quanto à prescrição da execução penal, há os fatores problemáticos: o prazo é menor do que o previsto para a prescrição da persecução, o termo inicial do

---

[306] Antonio Rodrigues Porto é, no ponto, preciso: "se a prescrição é declarada com fundamento na pena imposta, a condenação não pode ser considerada inexistente; caso contrário, inexistente seria também a prescrição, desde que foi decretada com base na condenação". PORTO, Antonio Rodrigues. *Das prescrição penal.* 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 30. No mesmo sentido, destaca Fábio Guaragni, "É um contra-senso admitir que a sentença valha para, em última análise, implicar na sua própria inexistência e a condenação, uma vez quantificada, sirva por critério para estabelecer que no caso concreto não poderia haver condenação". GUARAGNI, Fábio. **Prescrição penal e impunidade**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 126.

[307] GUARAGNI, Fábio. **Prescrição penal e impunidade**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 126.

verifica-se antes da possibilidade de execução do condenado e a falta de causas interruptivas suficientes.

Primeiro, a prescrição da execução tem, equivocadamente, prazo menor do que a prescrição da persecução penal. O Legislador adota, a princípio, os mesmos prazos para o cálculo da prescrição da persecução penal e da execução penal. Esta previsão se iniciou no art. 72, do Código Penal de 1890, e dela nunca mais se afastou, até os dias atuais, com os arts. 109 e do Código Penal. A tendência é, à medida em que avança a persecução penal, mostrando o interesse estatal no castigo do autor do fato, aumentem-se os prazos prescricionais. Isto não ocorre no Brasil. O leitor apressado é levado a crer que os prazos da prescrição da execução são iguais aos da prescrição da persecução penal, justamente porque ambos previstos no art. 109, CP. Porém, a prescrição da execução toma por base a pena concretizada numa sentença condenatória transitada em julgado. Trata-se de uma pena, certamente, menor do que a pena máxima cominada em abstrato para o crime[308].

Com efeito, a prescrição penal refere-se a casos em que o Estado perde o interesse estatal na punição, e o castigo se mostra desnecessário[309]. Porém, o recebimento da denúncia, a sentença condenatória e, em seguida, a sua força de coisa julgada, mostram justamente o oposto, o interesse estatal na persecução penal do delito. Assim, o prazo da prescrição da execução precisa ser maior do que o da prescrição da persecução penal, pois nesta ainda não houve decisão contrária ao acusado, o qual goza plenamente da sua presunção de inocência (art. 5˚, LVII, CF); e naquela, já existe uma sentença condenatória transitada em julgado contra o réu. Não se pode avaliar da mesma maneira um delito cuja responsabilidade de seu autor já esteja afirmada numa sentença condenatória transitada em julgado e um delito a respeito do qual ainda sequer há decisão judicial. Por esta razão, o §78b, III, StGB chega, inclusive, a determinar a suspensão do prazo prescricional após a sentença condenatória até o seu trânsito em julgado.

Não obstante, no Brasil, à medida em que o Estado avança a persecução penal

---

[308] Sobre a crítica quanto aos prazos da prescrição da persecução e da execução penal serem equivalentes, cf. ANDRADE, Christiano José de. Da Prescrição em Matéria Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 96; Aquele sugere a previsão da prescrição da execução penal com base na pena cominada em abstrato para o tipo penal. Já Fábio Guaragni afirma: *"Afinal, se o Estado tem X anos para obter o decreto condenatório definitivo, deve ter X + Y anos para fazer cumprir a condenação obtida. Do contrário, estaria o Estado afirmando seu desinteresse em cumprir uma pena em tempo inferior àquele que levou para demonstrar sua necessidade."* GUARAGNI, Fábio. **Prescrição penal e impunidade**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 72.

[309] GUARAGNI, Fábio. **Prescrição penal e impunidade**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 66.

contra o agente, mostrando o seu interesse na persecução do crime, reduzem-se os prazos prescricionais. Primeiro, na própria prescrição da persecução penal, nas modalidades retroativa e superveniente, as quais tomam por base a pena concretizada na sentença condenatória transitada em julgado para a acusação. E, depois, após o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, que é a manifestação estatal máxima no sentido da culpa do autor do fato, a prescrição da execução da pena imposta toma por base a pena concretizada na sentença com força de coisa julgada.

Ainda sobre a prescrição da execução, o direito comparado mostra a tendência de previsão de prazos diversos da prescrição da persecução e da execução. Assim, os prazos destinados à prescrição da execução, os quais se calculam com base em pena aplicada na sentença, são, no geral, maiores do que os destinados à prescrição da persecução penal. É o que ocorre no direito alemão, cujo §79, StGB apresenta os prazos da prescrição da execução, os quais são mais extensos do que os prazos da prescrição da persecução penal, previstos no §78, StGB.

A tendência de previsão de prazos maiores para a prescrição da execução da pena se apresenta no Código Penal Italiano, cujo art. 172 determina o cálculo do prazo da prescrição da execução penal com base no dobro da pena aplicada e, em todo o caso, não superior a trinta anos e tampouco inferior a dez anos. Além disso, o art. 172 afasta a prescrição da execução da pena para o réu reincidente, conforme o art. 99 do Código Italiano, e para os réus delinquentes habituais (art. 102, 104), profissionais (art. 105) ou por tendência (art. 108) e ainda para o condenado que, durante o tempo necessário para a extinção da pena, impõe-se condenação à reclusão por crime da mesma índole.

Neste sentido, também o Código Penal Espanhol de 1995 traz a previsão de prazos diversos na prescrição da persecução (art. 131) e da execução penal (art. 133). O mesmo ocorre na Argentina, cujos arts. 62 e 65 do Código Penal estabelecem prazos diversos para as duas modalidades prescricionais. Já no Uruguai o Código determina a aplicação de prazo da prescrição da execução 1/3 maior que o da prescrição da persecução penal.

Segundo, a prescrição da execução tem por pressuposto o trânsito em julgado, mas o termo inicial se inicia mesmo antes da possibilidade de exercício da pretensão executória do Estado[310]. No direito brasileiro em vigor, a prescrição da execução tem o

[310] Neste sentido da crítica, Antonio Rodrigues Porto ressalta, "O termo inicial do prazo prescricional deveria ser o dia em que passa em julgado a condenação para ambas as partes (estando solto o réu); entretanto, por força do disposto no art. 112, I, o prazo começa a correr do dia em que transita em

termo inicial não a partir do trânsito em julgado - como era de se esperar - mas do trânsito em julgado para a acusação (artigo 112, I, CP). Tal disposição iniciou-se na Reforma da Parte Geral.

No direito anterior à Reforma de 1984, o termo inicial se dava com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Trata-se de previsão que veio desde originariamente o no art. 80 do Código de 1890, mantida pelo Decreto 4.780/23 e pela Consolidação das Leis Penais de 1932, e, em seguida, consagrada no art. 112, a, do Código Penal de 1940. Em todos estes diplomas legais o termo inicial da prescrição da execução se dá com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Neste sentido, o direito comparado também é pródigo de previsões no sentido de que a prescrição da execução da pena se inicia com o trânsito em julgado. O art. 172, §3˚, CP Italiano prevê o início do prazo da prescrição da execução do "dia no qual a condenação tornou-se irrevogável"; o art. 134, CP Espanhol menciona a "data da sentença firme"; o art. 66, CP Argentino, numa previsão ainda mais rigorosa, menciona "desde a meia-noite do dia em que se intimar o réu da sentença firme"; e, por fim, o §79, VI, StGB, prevê o início do prazo com a sentença condenatória transitada em julgado.

No entanto, a mudança do termo inicial para o trânsito em julgado para a acusação surgiu com a Reforma da Parte Geral de 1984, que estabeleceu o artigo 112, I, do Código Penal. A mudança não foi escolha legislativa, mas um equívoco entre a pena que serve de base para o cálculo do prazo prescricional e o seu termo inicial[311]. Com efeito, a partir do trânsito em julgado para a acusação, por força da vedação da *reformatio in pejus,* a pena não poderá ser mais aumentada diante de recurso apenas da defesa. (art. 617, CPP). Logo, esta pena poderá, eventualmente, coincidir com a pena imposta ao condenado na sentença que transitar em julgado. Porém, o termo inicial do prazo prescricional se estabelece com base na possibilidade de exercício do direito, logo, com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Há razões para o termo inicial da prescrição da execução fixar-se no trânsito em julgado da sentença condenatória. Primeiro, não podem dois prazos prescricionais

julgado a sentença condenatória para a acusação." PORTO, Antonio Rodrigues. **Das prescrição penal**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 81; cf. GUARAGNI, Fábio. **Prescrição penal e impunidade**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 133 ss.;

311 Aponta o equívoco PORTO, Antonio Rodrigues. **Das prescrição penal**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 137. Já Damásio de Jesus sustenta o termo inicial com o trânsito em julgado para a acusação, sob o argumento - tal apontado acima - de que, após esta data, não se pode mais aumentar a pena. JESUS, Damásio E. de. **Prescrição penal**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 103.

correrem no mesmo lapso termporal: a prescrição superveniente e a prescrição da execução; aquele sobre a persecução penal e este sobre a execução da pena. Segundo, todo o sistema penal está previsto no Código tendo o trânsito em julgado como marco distintivo da persecução penal. Notem-se os títulos acima do artigo 109, "prescrição antes do trânsito em julgado da sentença condenatória", e do artigo 110, "prescrição depois do trânsito em julgado da sentença condenatória". Note-se, ainda, a previsão da reincidência no artigo 63, CP, a qual conceitua o instituto como a prática de novo crime depois do trânsito em julgado da sententaça condenatória. A prescrição que ocorrer antes do trânsito em julgado aniquila a possibilidade de reincidência; a que ocorrer após, não impede o reconhecimento da reincidência.

Há uma combinação explosiva com a exigência de trânsito em julgado, para a execução de pena, uma vez que a prescrição da execução já se iniciaria antes de o Estado poder promover a execução da sentença condenatória.

Terceiro, também não há suficientes causas interruptivas na prescrição da execução. O art. 116 prevê a interrupção pelo cumprimento de pena no estrangeiro apenas para a prescrição antes de transito em julgado, e não a prevê para a prescrição da execução. E o cumprimento de pena no estrangeiro pode obstar também a execução da pena, tendo em vista que não se consegue a extradição do condenado. Assim, deveria funcionar para ambas as modalidades prescricionais.

Além disso, a detração penal deve influenciar não apenas o cumprimento de pena, mas também a prescrição da execução. O sistema prescricional brasileiro permite, no art. 42, CP, o desconto do período de prisão provisória da pena privativa de liberdade a se cumprir, de maneira que esta parte da pena já foi cumprida e está extinta. Diante da sentença condenatória transitada em julgado, executa-se a pena, descontando-se o período de prisão provisória. De mais a mais, mesmo na hipótese de fuga do preso, o Legislador não penaliza o condenado em matéria prescricional: segundo o art. 113, CP, calcula-se o prazo prescricional apenas com base na pena que resta a cumprir. Assim, com muito mais razão, deve-se calcular o prazo da prescrição da execução apenas sobre a pena que resta a cumprir, ou seja, descontando o tempo de prisão provisória.

Além disso, também se observa ponto relevante quanto à modificação do prazo pela reincidência. A reincidência provoca aumento de um terço no prazo da prescrição da execução, mas não influencia a prescrição da persecução penal (art. 110, caput, CP). Trata-se de uma distinção estabelecida inicialmente no artigo 110, caput, do Código Penal de 1940, mas inexistente no direito anterior. Além disso, a própria reincidência

interrompia a prescrição da persecução e da execução (artigo 81, CP de 1890), mas hoje interrompe tão somente a prescrição da execução (art. 117, VI, CP). A função da prevenção especial, que justifica a previsão da reincidência, faz-se presente em ambas as modalidades prescricionais.

A seguir, quanto à prescrição das medidas de segurança, é necessária a previsão de prazo específico para a prescrição das medidas de segurança e, além disso, o estabelecimento da sentença absolutória imprópria como causa interruptiva[312].

Por fim, quanto à prescrição no concurso de crimes, há duas observações a se fazer: a primeira, nas modalidades prescricionais que se baseiam na pena aplicada, o sistema exclui do cálculo do prazo prescricional as causas de aumento de pena referentes ao concurso formal e ao crime continuado (art. 119, CP). A previsão não faz sentido, pois o fundamento do cálculo do prazo prescricional, com base na pena em concreto, é justamente a sua adequação à culpabilidade do agente e à pena aplicada como sanção correspondente. Se o concurso de crimes conduz à maior culpabilidade e agrava a pena, deve também provocar o aumento do prazo prescricional.

Além disso, como segunda observação, a aplicação de prazo prescricional para cada crime, isoladamente, no concurso de crimes (art. 119, CP) viola a igualdade. O indivíduo que pratica crime único tem o mesmo prazo prescricional daquele que pratica um concurso de crimes. Por força da culpabilidade, a medida da pena corresponde à culpabilidade de cada um. Se o concurso de crimes é um fato mais grave, tanto que se agrava a pena, acertadamente conduziria a maior prazo prescricional. A ocorrência de um número maior de crimes, na mesma oportunidade, exige, igualmente, um prazo maior para a persecução e execução penal.

E, por fim, a previsão do art. 119, CP, é incongruente com a teoria adotada para o crime continuado no art. 71, CP. Adota-se, no direito brasileiro, a teoria da ficção jurídica, a qual considera o crime continuado um crime único.

[312] No direito alemão, não há prescrição da execução penal para as medidas de segurança (§79, 4), StGB).

CONCLUSÃO

1. O Estado não pode aplicar mal sem sentido ao cidadão. A justificação para a imposição de pena apresenta-se nas teorias da pena. À medida em que o tempo passa, reduzem-se os efeitos danosos para a paz social, já que tanto as consequências do crime desaparecem quanto as circunstâncias de sua prática são esquecidas. Quanto mais antigo o crime, menor a utilidade e o interesse estatal no castigo. À medida em que o Estado avança a persecução e a execução penal contra o autor do crime, apresenta a utilidade e o interesse estatal no castigo. Porém, fatos praticados há muito tempo, esquecidos pelo Estado, revelam justamente o contrário.

2. A pergunta sobre as razões pelas quais o Estado abdica do direito de punir, após a passagem do tempo, tem como resposta genérica a desnecessidade da imposição de pena e, por conseguinte, o desinteresse estatal na punição. As justificações teóricas da prescrição estão ligadas às teorias da pena.

3. Após a passagem de longo período de tempo, não se justifica a imposição da pena pelas teorias relativas. Pelo aspecto da teoria da prevenção especial, o indivíduo que, após a passagem do lapso temporal estabelecido em lei, não pratica novo delito, mostra-se realizado o suposto fim da ressocialização da pena (teoria da emenda do delinquente). Já do ponto de vista da prevenção geral, não se obtém a dissuasão da coletividade a partir da punição do autor e tampouco se recupera a confiança na validade do ordenamento jurídico, diante de fatos fatos antigos e já esquecidos (teoria do esquecimento). E pelas teorias absolutas da pena, também não se pode justificar a aplicação do castigo como compensação da culpa do autor, a qual se reduz, tendo em vista que este precisou viver, por longo tempo, tomado pelo receio da persecução e execução penal (teoria da expiação moral).

4. Além disso, há duas razões específicas para a prescrição: o efeito disciplinador provocado nos funcionários da justiça criminal e a questão probatória. O efeito disciplinador provoca, como reflexo, a previsão de causas de suspensão e interrupção do prazo prescricional, diante de atos processuais que demonstrem o interesse estatal no castigo. E a questão probatória provoca a retirada da carga decisória sobre as agências da justiça criminal. E as provas têm sua qualidade substancialmente reduzida após a passagem do tempo, aumentando a probabilidade de veredicto condenatório equivocado.

5. O sistema prescricional brasileiro adota um modelo que distingue a prescrição

da persecução e a prescrição da execução penal, tendo o trânsito em julgado como o marco distintivo. A primeira refere-se à perda do direito do Estado de obter um título executivo, e abrange três modalidades prescricionais: a prescrição com base na pena em abstrato (art. 109, CP), a prescrição retroativa (art. 110, §1˚, CP) e a prescrição superveniente ou intercorrente (art. 110, §1˚, CP). E a segunda dedica-se à prescrição do direito do Estado de executar a pena imposta num título executivo (art. 110, caput, CP).

6. O sistema prescricional obedece ao valores da proporcionalidade, da individualização da pena e da culpabilidade. A culpabilidade serve como medida para a aplicação da pena justa ao cidadão; e a pena, por sua vez, como medida para o prazo prescricional[313]. Assim, a prescrição com base na pena em abstrato realiza o princípio constitucional da proporcionalidade, já que prevê os prazos com base na gravidade em abstrato de cada tipo penal. Já a prescrição com base na pena em concreto, além de basear-se na proporcionalidade, conforma o prazo prescricional à individualização da pena e à culpabilidade de cada réu[314].

7. A prescrição da persecução penal segue um modelo em níveis de concretização da pena[315]. O primeiro nível, correspondente à prescrição da persecução penal com base na pena em abstrato, toma por base a pena máxima cominada em abstrato no respectivo tipo penal, tem por termo inicial a consumação do delito e conta-se até a sentença condenatória. Já o segundo nível corresponde às modalidades retroativa e superveniente, e toma por base a pena aplicada na sentença condenatória. Ambas surgem com a sentença penal condenatória transitada em julgado para a acusação. A prescrição intercorrente tem por termo inicial esta data e conta-se até o trânsito em julgado; e a prescrição retroativa também tem por termo inicial esta data, mas se conta para trás no tempo, até o recebimento da denúncia.

8. A prescrição da persecução penal apresenta uma reunião de dois fatores problemáticos: a falta de suficientes causas interruptivas do prazo prescricional e a diminuição progressiva dos prazos ao longo da persecução, através da previsão de modalidades prescricionais baseadas na pena em concreto, especialmente, a prescrição retroativa.

9. Quanto à falta de suficientes causas interruptivas do prazo da prescrição da

---

[313] HERSCHANDER, Herman. Lei n. 12.234 de 5 de maio de 2010: ofensa à individualização do prazo prescricional, em **Boletim do IBCCrim***,* ano 18, n. 212, julho de 2010, p. 7; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral*, 1*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 900.

[314] BITENCOURT, Cezar Roberto. Op.cit., p. 899.

[315] SANTOS, Juarez Cirino dos. Op.cit., p. 646.

persecução penal, após o recebimento da denúncia (art. 117, I, CP) somente se interrompe o prazo prescricional com a publicação da sentença ou do acórdão condenatórios recorríveis (art. 117, IV, CP), de modo que não há previsão da interrupção sequer com a sentença que impõe medida de segurança ao réu ou com o acórdão que confirma a condenação em primeira instância. Este aspecto resulta numa combinação explosiva com o sistema de justiça criminal pródigo em recursos.

10. Além disso, os prazos da prescrição da persecução penal reduzem-se à medida em que o Estado avança no processo penal. Na verdade, as principais modalidades prescricionais funcionam após o início da ação penal; tendo pouca relevância a etapa pré-processual. A prescrição da persecução penal apresenta espécies cujo prazo se calcula com base na pena em concreto, a partir da sentença condenatória transitada em julgado para a acusação: a prescrição retroativa e a superveniente.

11. As modalidades prescricionais com base na pena em concreto destinam-se à realização dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena, de modo a conformar o prazo às particularidades do réu e do caso concreto. Por esta razão, justifica-se a prescrição superveniente, mas não a prescrição retroativa.

12. A prescrição retroativa é instituto dogmaticamente insustentável e sem parâmetro no direito comparado. Trata-se de produto da evolução jurisprudencial do STF, desde o art. 35, Decreto n° 4.780/23, que ganhou força com a controvérsia sobre a interpretação do art. 110, parágrafo único, do Código Penal de 1940, e culminou na edição da súmula 146 do Tribunal. Após a Reforma da Parte Geral de 1984, ampliou-se o efeito retroativo da prescrição para período anterior ao recebimento da denúncia, até a data do fato. Mais recentemente, a Lei n° 12.234/10 extinguiu a parte da prescrição retroativa referente a período anterior à denúncia.

13. As seguintes razões tornam a prescrição retroativa insustentável. Em primeiro lugar, a sentença condenatória consiste em causa interruptiva do prazo (art. 117, IV, CP). Diante da ocorrência de causa interruptiva, despreza-se o tempo decorrido antes do seu advento, e reinicia-se integralmente a contagem do prazo. Porém, admitindo-se a prescrição retroativa o prazo é reaberto após o marco interruptivo. Em segundo, diante da prescrição retroativa, a sentença estabeleceria pena para servir de cálculo de prazo prescricional decorrido antes da sua própria existência. Em se reconhecendo a prescrição retroativa, trata-se de instituto que tem por pressuposto a existência de uma sentença condenatória e, caso ocorra, invalida o seu próprio pressuposto. Em terceiro, para cada período temporal somente pode existir uma

modalidade prescricional e um único prazo. Caso se admita a prescrição retroativa, no período entre o recebimento da denúncia e a publicaçõa da sentença condenatória, contam-se dois prazos, a prescrição com base na pena em abstrato e a prescrição retroativa.

14. A prescrição retroativa supervaloriza o cálculo do prazo, de modo a homenagear os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, mas despreza os fundamentos da prescrição atrelados aos fins da pena.

15. Já a prescrição da execução apresenta três fatores problemáticos: o prazo é menor do que o previsto para a prescrição da persecução penal, o seu termo inicial inicia-se em momento diverso da possibilidade de execução da pena e não há causas interruptivas suficientes. o qual fazia referência à prescrição "depois de sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido". Em seguida, a prescrição da execução penal, cujos prazos são os mesmos previstos para a prescrição da persecução penal (art. 109, CP), calcula-se com base na pena imposta na sentença condenatória transitada em julgado.

16. O prazo da prescrição da execução é efetivamente menor do que o da prescrição da persecução penal. Na verdade, a tônica do cálculo prescricional no sistema brasileiro é justamente a sua redução à medida em que o Estado demonstra o seu interesse no castigo. Embora o Legislador determine a aplicação dos mesmos prazos do art. 109 para ambas as modalidades prescricionais, a prescrição da execução penal calcula-se com base na pena imposta na sentença condenatória transitada em julgado, enquanto a prescrição da persecução penal, com base na pena cominada em abstrato para o tipo penal. Trata-se de previsão incoerente pois, à medida em que o Estado avança na persecução penal, proferindo sentença penal condenatória transitada em julgado contra o réu, afirma-se o interesse na imposição de pena. Por esta razão, os prazos da prescrição da execução, com esteira no direito comparado, devem ser maiores do que os previstos para a prescrição da persecução penal.

17. O termo inicial da prescrição da execução penal, inicia-se em momento diverso da possibilidade de execução da pena. A solução só pode apontar para a estipulação do termo inicial com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

18. A detração penal deve influenciar não apenas o cumprimento de pena, mas também o prazo da prescrição da execução. Trata-se de incoerência admitir, no art. 42, CP, o desconto do período de prisão provisória da pena privativa de liberdade e, ao mesmo tempo, não influenciar o prazo prescricional respectivo.

19. Quanto às modificações do prazo, a reincidência provoca o aumento de um terço apenas no prazo da prescrição da execução, mas não altera o da prescrição da persecução penal. Trata-se de distinção estabelecida inicialmente no art. 110, caput, do Código Penal de 1940 que não tem razão de ser, já que a função da pena de prevenção especial, a qual fundamenta o instituto da reincidência, faz-se presente em ambas as modalidades prescricionais.

20. Há a necessidade de previsão de prazo específico para a prescrição das medidas de segurança, tal como se estabelece para as penas de multa (art. 114, CP), e, ainda, tal como aponta o direito comparado.

21. Por fim, também quanto ao concurso de crimes, é necessária a reforma do sistema prescricional, o qual traz previsão de contagem do prazo especificamente para cada crime (art. 119, CP). Se o concurso de crimes conduz à maior culpabilidade do agente e, inclusive, agrava a pena, deve também provocar o aumento do prazo prescricional. Não se pode estipular a mesma contagem de prazo tanto para o sujeito que pratica crime único quanto para aquele que pratica um concurso de crimes.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Christiano José de. **Da Prescrição em Matéria Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal**: parte geral, 5ª Ed. São Paulo: Saraiva.

BENEDETTI, Carla Rahal. **Prescrição penal antecipada**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BÉZE, Patricia Mothé Glioche. **Novas tendências do concurso formal e crime continuado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, 1. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOTTINI, Pierpaolo. **Novas regras sobre prescrição retroativa**: comentários breves à Lei 12.234/10, em Boletim IbCCrim. São Paulo, n. 211, 2010.

CARVALHO FILHO, Aloysio de; ROMEIRO, Jorge Alberto. **Comentários ao Código Penal**: volume IV, arts. 102 a 120. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

CONCEIÇÃO, Mário Antonio. O reconhecimento da prescrição virtual é meio válido para otimizar o funcionamento do serviço público jurisdicional no Juizado Especial Criminal?. MPMG Jurídico: **Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 4, n. 17, p. 55-56., jul./set. 2009.

FAYET JÚNIOR; FAYET, Marcela; BRACK, Karina. **Prescrição penal**: temas atuais e controvertidos, doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985.

GOMES, Luiz Flávio. Da retroatividade (parcial) da Lei 9.271/96 (citação por edital). **Boletim IBCCrim**, n˚ 42, edição especial, Junho de 1996.

GRECO FILHO, Vicente. A morte da prescrição retroativa virtual. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 18, n. 211, p. 8., jun. 2010.

GRECO, ROGÉRIO. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral, volume 1. 13ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GUARAGNI, Fábio. **Prescrição penal e impunidade**. Curitiba: Juruá, 2008.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Desafios contemporâneos da execução penal no BRasil. In **Revista Eletrônica de Direito Penal**. V. 2, n.1, 2014.

JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição penal antecipada**. Curitiba: Juruá, 2004.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. 5ª Ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

JESUS, Damásio E. de. Notas ao art. 366 do Código de Processo Penal, com redação da Lei n˚ 9.271/96. **Boletim IBCCrim**, n˚ 42, Edição especial, Junho de 1996.

JESUS, Damásio E. de. *Prescrição penal.* São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. O reconhecimento antecipado da prescrição: o interesse de agir no processo penal e o Ministério Público. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 128-150., jul./set. 1993.

CUEVA, Lorenzo Morillas. **Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas. Granada**: Universidad de Granada, 1980.

LOZANO JÚNIOR, José Júlio. **Prescrição penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.

NAVES, Nilson Vital. O Supremo Tribunal Federal e o princípio da prescrição pela pena em concreto. Revista Justitia, n˚ 88.

NORONHA, Magalhães E. **Direito Penal:** 1˚ volume (Introdução e Parte Geral). São Paulo: Ed. Saraiva, 1959.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**, volume 1: parte geral. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PORTO, Antonio Rodrigues. **Das prescrição penal**. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

PRADEL, Jean. **Droit pénal comparé**. 3ª Ed. Paris: Dalloz, 2008.

QUEIROZ, Paulo; BARBOSA, Aldeleine Melhor. Termo inicial da prescrição da pretensão executória. In: **Prescrição penal: temas atuais e controvertidos, doutrina e jurisprudência**, volume III. Coordenação de FAYET JÚNIOR; FAYET. Porto Alegre:

Editora Livraria do Advogado, 20011.

REGIS PRADO, **Curso de Direito Penal brasileiro,** 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RENGIER, Rudolf. **Strafrecht: Allgemeiner Teil**. 7ª ed. München: Beck, 2015.

ROXIN, Claus. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**, vol. I, 4ª ed., München: Beck, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal - Parte Geral**. 5ª Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SATZGER, Helmut. **Die Verjhärung im Strafrecht**, em Jura, Heft 6, 2012, p. 435.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da prescrição penal**: de acordo com as Leis n˚s 9268/96 e 9271/96: doutrina, prática, jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da prescrição penal**: de acordo com as Leis n˚s 9268/96 e 9271/96: doutrina, prática, jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SOUZA, Artur de B. Gueiros; JAPIASSU, Carlos E. A. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Controvérsias em torno do art. 112, do Código Penal, com a redação da Reforma Penal de 1984. In: Luciano Santos Lopes; Guilherme José Ferreira da Silva; Luis Augusto Sanzo Brodt. (Org.). **Parte Geral do Código Penal Brasileiro**: 30 anos depois. 1ed.Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2014, v. 1, p. 529-543.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume 1. 34ª ed. São Paulo: Sa