

# CAPÍTULO 46

## PRESCRIÇÃO

### 46.1. INTRODUÇÃO

O Estado é o titular exclusivo do **direito de punir**. Somente ele pode aplicar pena ou medida de segurança ao responsável por uma infração penal.<sup>1</sup>

Esse direito tem **natureza abstrata**, pois pode ser exercido sobre todas as pessoas. Paira indistintamente sobre elas, independentemente da prática de um crime ou de uma contravenção penal, funcionando como advertência, pois a prática de um ilícito penal importará na imposição de uma sanção ao infrator.

Com a prática da infração penal, contudo, o *ius puniendi* automaticamente se concretiza, pois a partir de então o Estado tem o poder, e o dever, de punir o responsável pelo fato típico e ilícito. A pretensão punitiva, outrora abstrata e dirigida contra todos os indivíduos, transforma-se em concreta, visando uma pessoa determinada. Esse interesse estatal, de índole pública, se sobrepõe ao direito de liberdade do responsável pelo ilícito penal.

O direito de punir, todavia, é **limitado**. Encontra barreiras penais e processuais, tais como a representação do ofendido, nos crimes de ação penal pública condicionada, as condições da ação penal e a necessidade de obediência a regras constitucionais e processuais para ser efetivamente exercido (devido processo legal).

Mas não é só. Na ampla maioria dos casos, há ainda **limites temporais**, pois o direito de punir não pode se arrastar, ao longo dos anos, eternamente. O Estado deve aplicar a sanção penal dentro de períodos legalmente fixados, pois em caso contrário sua inércia tem o condão de extinguir a consciência do delito, renunciando implicitamente ao poder que lhe foi conferido pelo ordenamento jurídico. Cabe a ele, pois, empreender todos os esforços para que a punibilidade se efetive célere e prontamente.

Entra em cena o instituto da prescrição. É como se, cometida uma infração penal, o sistema jurídico virasse em desfavor do Estado uma ampulheta, variando o seu tamanho proporcionalmente à gravidade do ilícito penal. O poder-dever de aplicar a sanção penal precisa ser efetivado antes de escoar toda a areia que representa o tempo que se passa, pois, se não o fizer dentro dos limites legalmente previstos, o Estado perderá, para sempre, o direito de punir.

<sup>1</sup> "O interesse de punir constitui-se em monopólio do Estado e matéria de ordem pública, inclusive nos crimes de ação privada, em que se transfere ao particular unicamente a titularidade para a persecução penal" (STF: AP 584 QO/PR, rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, j. 10.04.2014, noticiado no *Informativo* 742).

## 46.2. ORIGEM HISTÓRICA

A prescrição existe desde os tempos antigos, mas como causa de extinção da punibilidade a sua adoção remonta à legislação penal francesa do final do século XVIII.<sup>2</sup>

Sempre foi calcada em idênticas premissas: o esquecimento do ilícito penal e a presunção de emenda do seu responsável, com a conseqüente inutilidade da pena. Com a prescrição, o Estado renuncia ao castigo pertinente ao agente culpável envolvido em determinada infração penal, limitando o seu próprio poder punitivo.

## 46.3. CONCEITO

Prescrição é a perda da **pretensão punitiva** ou da **pretensão executória** em face da inércia do Estado durante determinado **tempo legalmente previsto**.

Pretensão punitiva é o interesse em aplicar uma sanção penal ao responsável por um crime ou por uma contravenção penal, enquanto a pretensão executória é o interesse em executar, em exigir seja cumprida uma sanção penal já imposta.

## 46.4. FUNDAMENTOS

Os fundamentos da prescrição são os seguintes:

a) **Segurança jurídica ao responsável pela infração penal:** não seria justa nem correta a imposição ou a execução de uma sanção penal muito tempo depois da prática do crime ou da contravenção penal.

Imagine-se alguém que praticou um crime de pouca gravidade aos 18 anos de idade. Seria ilógico e absurdo não exercitasse prontamente o Estado seu direito de punir, e, décadas depois, essa mesma pessoa, com 70 anos de idade e avô de diversos netos, viesse a ser presa pelo fato há muito cometido, contrariando o bom-senso e as finalidades da pena, que não surtiria efeito algum. Ao contrário, implicaria somente em malefícios ao Estado, à sociedade, e, principalmente, ao agente e aos seus familiares. Nas palavras de Bento de Faria:

Decorrido certo lapso de tempo, desde a prática do crime, sem que se tenha instaurado procedimento criminal contra o delinquente, e, se instaurado, sem que se tenha prosseguido nesse procedimento, ou desde a sentença condenatória, sem que se tenha feito executar a pena, a memória do fato punível apagou-se e a necessidade do exemplo desaparece. [...] E seria repugnante aos princípios de equidade e de justiça que ficasse perpetuamente suspensa sobre a cabeça do criminoso a ameaça do procedimento criminal.<sup>3</sup>

b) **Luta contra a ineficiência do Estado:** os órgãos estatais responsáveis pela apuração, processo e julgamento de infrações penais devem atuar com zelo e celeridade, em obediência à eficiência dos entes públicos, estatuída pelo art. 37, *caput*, da Constituição Federal como princípio vetor da Administração Pública. Serve, portanto, como castigo em caso de não ser alcançada uma meta pelo Estado, qual seja, aplicar a sanção penal dentro de prazos legalmente previstos.

c) **Impertinência da sanção penal:** a resposta do Estado somente cumpre a sua função preventiva (especial e geral) quando manifestada logo após a prática da infração penal. O Direito Penal intimida não pela gravidade da punição, mas pela certeza de seu exercício. Nos idos de 1764 já afirmava Cesare Beccaria que quanto mais próxima do delito seja a aplicação da pena, tanto mais justa e útil será. De fato, o maior freio aos delitos não é a crueldade da pena, mas sua infalibilidade, porque a certeza do castigo, ainda que mais moderado, fará sempre maior impressão do que o temor de outro mais terrível, unido com a esperança da impunidade. Em suas palavras:

É, pois, de suma importância a proximidade do delito e da pena, se se quiser que nas mentes rudes e incultas o quadro sedutor de um delito vantajoso seja imediatamente seguido da ideia associada à pena. A longa demora não produz outro efeito além de dissociar cada vez mais essas duas ideias; e ainda que o castigo de um delito cause uma impressão, será menos a de um castigo que a de um espetáculo, e isso só acontecerá após ter-se atenuado nos espectadores o horror de um certo delito em particular, que serviria para reforçar o sentimento da pena.<sup>4</sup>

## 46.5. NATUREZA JURÍDICA

A prescrição é **causa de extinção da punibilidade** prevista no art. 107, IV, 1.<sup>a</sup> figura, do Código Penal.

A infração penal por ela atingida, portanto, permanece íntegra e inabalável. Desaparece tão somente a punibilidade, compreendida como consequência, e não como elemento de um crime ou de uma contravenção penal.

## 46.6. ALOCAÇÃO

A prescrição, embora produza diversos efeitos no processo penal, é **matéria inerte ao Direito Penal**, pois, quando ocorre, extingue o direito de punir de titularidade do Estado.

Para o cômputo de seu prazo observa-se o art. 10 do Código Penal: inclui-se o dia do começo e exclui-se o dia do final, contando-se os dias, os meses e os anos pelo calendário comum ou gregoriano.

Os **prazos prescricionais são improrrogáveis**, não se suspendendo em finais de semana, feriados ou férias.

Além disso, trata-se de **matéria de ordem pública**, podendo e devendo ser decretada de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, ou mediante requerimento de qualquer das partes. Nos termos do art. 61, *caput*, do Código de Processo Penal: "Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-la de ofício".<sup>5</sup>

Finalmente, constitui-se em **matéria preliminar**, isto é, impede a análise do mérito da ação penal, seja pelo juízo natural, seja em grau de recurso. Em caso de prescrição, não há que falar em absolvição ou condenação, mas apenas em extinção da punibilidade.

<sup>2</sup> FONTÁN BALESTRA. *Derecho penal - Introducción y parte general*. 17. ed. atual. por Guillermo A. C. Ledesma. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002. p. 639.

<sup>3</sup> FÁRIA, Bento. *Código penal brasileiro comentado*. Rio de Janeiro: Record, 1961. v. III, p. 197.

<sup>4</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 85.

<sup>5</sup> STF: HC 110.221/RJ, rel. Min. Luiz Fux, 1.<sup>a</sup> Turma, j. 03.12.2013, noticiado no *Informativo* 731. No STJ: AgRg no REsp 1.316.912/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.<sup>a</sup> Turma, j. 18.03.2014.

Para o Superior Tribunal de Justiça, “a prescrição é matéria prejudicial ao exame do mérito por constituir fato impeditivo do direito estatal de punir e extintivo da punibilidade do réu, podendo ser, inclusive, analisada de ofício em qualquer fase do processo”.<sup>6</sup>

#### 46.7. IMPRESCRITIBILIDADE PENAL

O Código Criminal do Império, de 1830, dispunha em seu art. 65 que as penas impostas aos condenados não prescreviam em tempo algum.

Os diplomas posteriores (Código Penal de 1890, Consolidação das Leis Penais de 1932 e Código Penal de 1940<sup>7</sup>) não repetiram aquela fórmula, já criticada em seu tempo.

Atualmente, a regra geral consiste na aplicação da prescrição a todas as modalidades de infrações penais, inclusive aos crimes hediondos.

A Constituição Federal, todavia, na contramão de seu próprio espírito, por vedar qualquer espécie de prisão perpétua (art. 5.º, XLVII, “b”), determina a imprescritibilidade de dois grupos de crimes que, a propósito, não são os mais graves em nosso Direito Penal:

- a) racismo (art. 5.º, XLII), regulamentado pela Lei 7.716/1989;<sup>8</sup> e
- b) ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5.º, XLIV), disciplinados pela Lei 7.170/1983 – Lei de Segurança Nacional.

Como corolário dessas exceções, taxativamente indicadas pelo texto constitucional, prevalece em seara doutrinária o entendimento de que a legislação ordinária não pode criar outras hipóteses de imprescritibilidade penal.<sup>9</sup>

Com efeito, no momento em que o Poder Constituinte Originário admitiu apenas esses dois crimes como insuscetíveis de prescrição, afirmou implicitamente que as penas de todas as demais infrações penais prescrevem, e, pela posição em que tais exceções foram previstas (art. 5.º), a prescrição teria sido erigida à categoria de **direito fundamental do ser humano**, consistente na obrigação do Estado de investigar, processar e punir alguém dentro de prazos legalmente previstos.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Rcl 4.515/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Seção, j. 27.04.2011, noticiado no *Informativo* 470.

<sup>7</sup> A única exceção estava no art. 118: “É imprescritível a pena acessória imposta na sentença ou resultante de condenação”. Essa regra não foi mantida pela Reforma Penal de 1984, inclusive pela extinção das penas acessórias.

<sup>8</sup> “A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. [...] Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem” (STF: HC 82.424/RS, rel. Min. Moreira Alves, rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa, Plenário, j. 17.09.2003). No campo da injúria racial (CP, art. 140, § 3º), o Superior Tribunal de Justiça decidiu que tal delito seria mais um no cenário do racismo e, portanto, sua pena não se submeteria à prescrição (AgRg no AREsp 686.965/DF (rel. Min. Ericson Maranhão – Desembargador convocado do TJ/SP), 6ª Turma, j. 18.08.2015). Não concordamos com essa posição, que, a propósito, não foi acolhida pelo STF nem reiterada pelo STJ.

<sup>9</sup> Em igual sentido: TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 94.

<sup>10</sup> Para quem admite essa classificação, a prescrição se situaria entre os chamados direitos fundamentais de 1ª geração. Seria uma liberdade pública negativa, consistente na omissão do Estado quanto à intervenção na esfera privada dos cidadãos relativamente à aplicação de uma pena atingida fatalmente pelo decurso do tempo. Para um estudo aprofundado das gerações dos direitos humanos: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5 e ss.

Foi essa a razão que levou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a firmar-se no sentido de que, em caso de citação por edital e consequente aplicação do art. 366 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 9.271/1996, não se admite a suspensão da prescrição por tempo indefinido, o que poderia configurar uma situação de imprescritibilidade.

Ao contrário, o processo penal deve permanecer suspenso pelo prazo máximo em abstrato relativo ao crime, na forma do art. 109 do Código Penal. Superado esse prazo, retoma-se o trâmite da prescrição, calculado pelo máximo da pena em abstrato legalmente previsto. Na prática, a prescrição passa a ser **calculada em dobro**, sem falar-se em imprescritibilidade. Exemplificativamente, uma ação penal por crime de furto simples (CP, art. 155, *caput*), em que o réu foi citado por edital e não compareceu ao interrogatório nem constituiu defensor, deve ser suspensa, operando-se também a suspensão do prazo prescricional, por 8 (oito) anos, uma vez que a pena máxima cominada ao delito é de 4 (quatro) anos. Em seguida, decorrido tal prazo, é retomado o curso da prescrição, que se efetivará após outros 8 (oito) anos. Esse é o entendimento consagrado na **Súmula 415 do Superior Tribunal de Justiça**: “O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada”.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, já entendeu que a Constituição Federal não veda seja indeterminado o prazo de suspensão da prescrição, uma vez que não se constitui em hipótese de imprescritibilidade e a retomada do curso da prescrição fica apenas condicionada a evento futuro e incerto. Além disso, aduziu que a Lei Suprema se restringe a enumerar os crimes sujeitos à imprescritibilidade (art. 5.º, XLII e XLIV), sem proibir, em tese, que lei ordinária crie outros casos.<sup>11</sup>

Cumpra também observar o teor do art. 29 do Estatuto de Roma do **Tribunal Penal Internacional**, promulgado no Brasil pelo Decreto 4.388/2002: “Os crimes de competência do Tribunal não prescrevem”.<sup>12</sup>

As penas dos **crimes contra a humanidade** submetem-se ao instituto da prescrição, pois não há norma no direito pátrio impondo a imprescritibilidade penal em tais delitos. Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal:

A Corte se referiu a fundamentos expostos na ADPF 153/DF, no sentido da não aplicação, no Brasil, da imprescritibilidade dos crimes dessa natureza, haja vista o País não ter subscrito a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, nem ter a ela aderido, e, ainda, em razão de somente lei interna poder dispor sobre prescritibilidade ou imprescritibilidade da pretensão estatal de punir. Ponderou que, mesmo se houvesse norma de direito internacional de caráter cogente a estabelecer a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, ela não seria aplicável no Brasil, por não ter sido ainda reproduzida no direito interno.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> RE 460.971/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. 13.02.2007. Compartilha deste entendimento, no âmbito doutrinário: SANTOS, Christiano Jorge. *Prescrição penal e imprescritibilidade*. São Paulo: Elsevier, 2010. p. 95

<sup>12</sup> No julgamento do AgRg no AREsp 686.965/DF (rel. Min. Ericson Maranhão – Desembargador convocado do TJ/SP), 6ª Turma, j. 18.08.2015, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a injúria racial (CP, art. 140, § 3º) seria mais um delito no cenário do racismo e, portanto, sua pena não se submeteria à prescrição. Não concordamos com essa posição que, a propósito, não foi acolhida pelo STF nem reiterada pelo STJ.

<sup>13</sup> Ext 1.362/DF, rel. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Teori Zavascki, Plenário, j. 09.11.2016, noticiado no *Informativo* 846. O STJ compartilha deste entendimento: REsp 1.798.903/RJ, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 3ª Seção, j. 25.09.2019, noticiado no *Informativo* 659.

#### 46.8. DIFERENÇAS ENTRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA<sup>14</sup>

Prescrição e decadência são causas de extinção da punibilidade, previstas no art. 107, IV, do Código Penal. Além disso, ocorrem em razão da inércia do titular de um direito durante determinado tempo legalmente definido.

Todavia, a decadência somente pode se verificar nos crimes de ação penal privada e de ação penal pública condicionada à representação do ofendido ou de quem o representante (decurso *in albis* do prazo para ajuizamento da queixa-crime ou oferecimento da representação). A prescrição, por sua vez, é capaz de atingir qualquer espécie de crime, pouco importando a forma pela qual se processa.

Conseqüentemente, somente pode ocorrer a decadência antes do início da ação penal, pois o legitimado tinha um prazo para ajuizar a queixa-crime ou lançar a representação, mas assim não o fez. Ao reverso, a prescrição pode se concretizar a qualquer momento, isto é, antes ou durante a ação penal, e até mesmo depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Por último, a decadência importa diretamente na perda do direito de ação, pois, com seu advento, a ação penal não pode mais ser iniciada, seja pelo decurso do prazo para ajuizamento da queixa-crime, seja pelo transcurso do intervalo temporal para oferecimento da representação. Perdese imediatamente o direito de ação, e mediatamente, o direito de punir, haja vista que, sem o direito de ação, o Estado não tem meios legítimos (“devido processo legal”) para punir o responsável pela infração penal. Na prescrição, por outro lado, opera-se imediatamente em relação ao Estado a perda do direito de punir, fulminando qualquer possibilidade de exercício do direito de ação.

#### 46.9. ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO

##### 46.9.1. Introdução

O Código Penal apresenta dois grandes grupos de prescrição: (1) da pretensão punitiva e (2) da pretensão executória.

De seu turno, a prescrição da pretensão punitiva é subdividida em outras três modalidades: (1) prescrição da pretensão punitiva propriamente dita ou prescrição da ação penal, (2) prescrição intercorrente e (3) prescrição retroativa.

A prescrição da pretensão executória existe isoladamente, ou seja, não se divide em espécies.

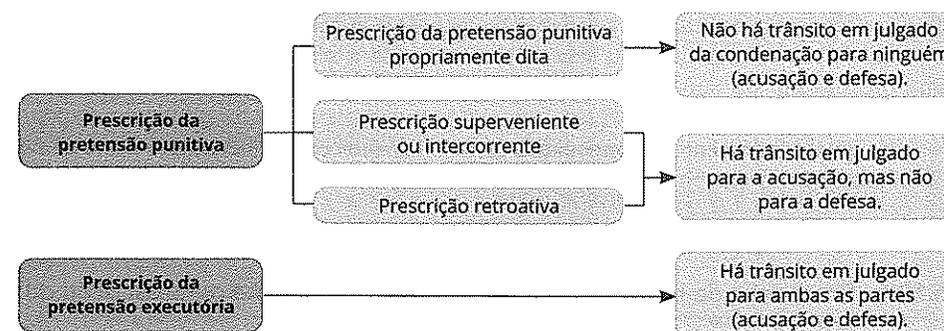
A linha divisória entre os dois grandes grupos é o **trânsito em julgado da condenação**: na prescrição da pretensão punitiva, não há trânsito em julgado para ambas as partes (acusação e defesa), ao contrário do que se dá na prescrição da pretensão executória, na qual a sentença penal condenatória já transitou em julgado para o Ministério Público ou para o querelante, e também para a defesa.

Pelo fato, porém, de a prescrição intercorrente e a prescrição retroativa estarem situadas no § 1.º do art. 110 do Código Penal, é comum fazer-se inaceitável confusão. Diz-se que somente na prescrição da pretensão punitiva propriamente dita ou prescrição da ação não existe trânsito em julgado, ao contrário das demais espécies, mormente por

tratar o *caput* do art. 110 do Estatuto Repressivo da “**prescrição depois de transitado em julgado a sentença condenatória**”.

Essa conclusão é equivocada. A prescrição intercorrente e a prescrição retroativa pertencem ao grupo da prescrição da pretensão punitiva. Só há prescrição da pretensão executória depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para **ambas as partes do processo penal**. E na prescrição intercorrente e na prescrição retroativa há trânsito em julgado da condenação, **mas apenas para a acusação**.

Destarte, andou mal o legislador ao inserir no art. 110 do Código Penal a prescrição intercorrente e a prescrição retroativa. Em verdade, deveria ter delas tratado em dispositivo à parte, principalmente em razão da relevância dos institutos.



##### 46.9.2. Efeitos da prescrição e competência para sua declaração

Os efeitos da prescrição no ordenamento jurídico brasileiro dependem da espécie em análise: da pretensão punitiva ou da pretensão executória.

###### a) Prescrição da pretensão punitiva:

Essa modalidade de prescrição **obsta o exercício da ação penal**, seja na fase administrativa (inquérito policial) ou na fase judicial (ação penal).<sup>15</sup> Não há interesse apto a legitimar a intervenção estatal, autorizando-se inclusive a rejeição da denúncia ou queixa, nos moldes do art. 395, II, do Código de Processo Penal.

Se já foi instaurada a persecução penal, por outro lado, a prescrição da pretensão punitiva impede a sua continuação. Deve o magistrado, depois de ouvido o Ministério Público, declarar a extinção da punibilidade, sem análise do mérito, arquivando-se os autos em seguida.<sup>16</sup> Caso assim não faça, assistirá ao acusado o direito de impetrar *habeas corpus* para cessar a coação ilegal, com fulcro no art. 648, VII, do Código de Processo Penal.

Seu reconhecimento é da competência do membro do Poder Judiciário a quem estiver afeta a ação penal: juízo de 1.ª instância ou tribunais, em grau de recurso ou no caso de infrações penais que sejam de sua competência originária.

<sup>14</sup> Sempre que uma pergunta é formulada nesse sentido (Qual a diferença entre...?), as matérias questionadas apresentam pontos comuns. Apresente sua resposta fornecendo, inicialmente, os pontos em comum, para, em seguida, indicar as diferenças. A resposta estará completa e revelará conhecimento aprofundado dos temas indagados.

<sup>15</sup> STJ: REsp 1.113.662/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 18.02.2014.

<sup>16</sup> STJ: REsp 908.863/SP, rel. Min. Og Fernandes, 6.ª Turma, j. 08.02.2011, noticiado no *Informativo* 462.

Por último, a prescrição da pretensão punitiva **apaga todos os efeitos de eventual sentença condenatória já proferida, principal ou secundários, penais ou extrapenais**.<sup>17</sup> Não servirá como pressuposto da reincidência, nem como maus antecedentes. Além disso, não constituirá título executivo no juízo civil.

*b) Prescrição da pretensão executória:*

Como já existe trânsito em julgado da sentença penal condenatória para acusação e defesa, compete ao **juízo da execução** reconhecê-la e declarar a extinção da punibilidade, depois de ouvido o *Parquet*, comportando essa decisão recurso de **agravo**, sem efeito suspensivo (LEP, arts. 66, II, e 197).

**Extingue somente a pena (efeito principal),<sup>18</sup> mantendo-se intocáveis todos os demais efeitos secundários da condenação, penais e extrapenais.**

**Subsiste a condenação**, ou seja, não se rescinde a sentença penal, que funciona como pressuposto da reincidência dentro do período depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal.<sup>19</sup>

Por igual fundamento, a condenação caracteriza antecedente negativo e serve como título executivo no campo civil.

## 46.10. PRESCRIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

### 46.10.1. Prescrição da pretensão punitiva propriamente dita ou prescrição da ação penal<sup>20</sup>

#### 46.10.1.1. Dispositivo legal

Essa espécie de prescrição está disciplinada pelo art. 109, *caput*, do Código Penal: "A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, [...], regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime...".

#### 46.10.1.2. Fundamento

Façamos um raciocínio simples, mas eficiente para compreender os prazos prescricionais. Entenda-o, e depois o memorize, pois será utilizado para todas as espécies de prescrição.

A prescrição é a perda do direito estatal de punir por força do decurso do tempo. Antes de se retirar um direito de qualquer pessoa, deve-se dar a ela todas as chances de exercê-lo. Com o Estado não é diferente, pois a ele também se reserva a ampla defesa de seus direitos.

<sup>17</sup> "O reconhecimento da extinção da punibilidade pelo implemento da prescrição da pretensão punitiva estatal enseja o desaparecimento de todos os efeitos penais e extrapenais da condenação" (STJ: AgRg nos EREsp 1.022.286/RS, rel. Min. Regina Helena Costa, 3.ª Seção, j. 27.08.2014).

<sup>18</sup> No tocante aos semi-imputáveis dotados de periculosidade, a prescrição da pretensão executória também acarreta na extinção da medida de segurança aplicada em substituição à pena originariamente imposta.

<sup>19</sup> "Vale gizar que os efeitos da condenação remanesçam apenas na hipótese de prescrição da pretensão executória, que retira do Estado a possibilidade de executar a pena, isto é, extingue-se a reprimenda, sem, contudo, rescindir a sentença condenatória. Logo, ela produz os demais efeitos penais e extra penais. Aqui a sentença gera reincidência e serve como título executivo" (STJ: AgRg no AREsp 375.892/RJ, rel. Min. Jorge Mussi, 5.ª Turma, j. 05.08.2014).

<sup>20</sup> A terminologia "prescrição da ação penal" foi expressamente utilizada pelo art. 125 do Código Penal Militar - Decreto-lei 1.001/1969.

Na prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, não há trânsito em julgado para acusação nem para defesa. Nada impede, assim, a fixação da pena no máximo legal. E, se a reprimenda pode chegar ao limite máximo, não se pode privar o Estado do direito de punir com base em quantidade diversa de sanção penal.

Por esse motivo, essa prescrição deve levar em consideração o máximo da pena privativa de liberdade cominada ao delito, conforme determina o art. 109, *caput*, do Código Penal.

#### 46.10.1.3. Cálculo

O Código Penal estabeleceu um critério lógico e objetivo. A prescrição da ação penal é calculada com base no máximo da pena privativa de liberdade abstratamente cominada ao crime. Utiliza-se a quantidade máxima prevista no preceito secundário do tipo penal, enquadrando-a em algum dos incisos do art. 109 do Código Penal, com os quais podemos formar uma tabela:

Máximo da pena privativa de liberdade abstratamente cominada ao delito	Prazo prescricional
Inferior a 1 ano (inciso VI)	3 anos
Igual ou superior a 1 ano, até 2 anos (inciso V)	4 anos
Superior a 2 anos até 4 anos (inciso IV)	8 anos
Superior a 4 anos até 8 anos (inciso III)	12 anos
Superior a 8 anos até 12 anos (inciso II)	16 anos
Superior a 12 anos (inciso I)	20 anos

O prazo previsto no inciso VI do art. 109 do Código Penal (3 anos) era, anteriormente à Lei 12.234/2010, de 2 (dois) anos. Agora, o menor prazo prescricional **previsto no Código Penal** é de 3 (três) anos, no tocante às **penas privativas de liberdade**. Cuida-se do único prazo prescricional ímpar. Essa modificação fundamentou-se, precipuamente, no combate à impunidade das contravenções penais e dos crimes de reduzida lesividade, agravada pela reconhecida morosidade da justiça penal.

Anote-se, porém, que subsiste o prazo prescricional de 2 (dois) anos em três hipóteses: (a) para a pena de multa, quando for a única cominada ou aplicada (CP, art. 114, I); e (b) para o crime tipificado no art. 28, *caput*, da Lei 11.343/2006 (porte de droga para consumo pessoal), nos termos do art. 30 da Lei de Drogas; e (c) no art. 125, VII, Código Penal Militar (Decreto-lei 1.001/1969), quando o máximo da pena privativa de liberdade é inferior a 1 (um) ano. Essas três regras específicas não foram atingidas pelas alterações promovidas no Código Penal pela Lei 12.234/2010.

A propósito, existe uma situação em que o prazo prescricional independe da quantidade da pena cominada ao delito. Aliás, sequer existe limite máximo da pena. Trata-se da pena de morte, aplicável em tempo de guerra, cuja prescrição opera-se em 30 anos (CPM, art. 125, I).

Como, entretanto, a pena privativa de liberdade é calculada por meio de um sistema trifásico (CP, art. 68, *caput*), cada uma dessas etapas pode ou não influenciar no cômputo da prescrição. Vejamos.

a) 1.ª fase: *Circunstâncias judiciais do art. 59, "caput"*

Nessa fase, o juiz deve navegar entre os limites (mínimo e máximo) previstos no preceito secundário do tipo penal, não podendo, em hipótese alguma, **ultrapassá-los**. Consequentemente, as circunstâncias judiciais não influenciam no cálculo da prescrição.

b) 2.ª fase: *Agravantes e atenuantes genéricas*

As agravantes genéricas estão arroladas taxativamente pelos arts. 61 e 62 do Código Penal.

Por sua vez, as atenuantes genéricas, de caráter exemplificativo, encontram-se nos arts. 65 e 66 do Código Penal.

Como sabido, não podem ultrapassar os limites legais, isto é, o juiz deve respeitar, em caso de agravantes genéricas – por mais numerosas que sejam –, o máximo cominado pelo tipo penal, e, no tocante às atenuantes genéricas, o patamar mínimo, ainda que diversas estejam presentes e por mais ínfima que seja a reprovabilidade do agente.

Com efeito, agravantes e atenuantes não indicam o percentual de aumento ou de diminuição. A lei diz apenas: “são circunstâncias que sempre agravam” (art. 61), “a pena será ainda agravada” (art. 62), “são circunstâncias que sempre atenuam” ou “a pena poderá ser ainda atenuada” (art. 66). Portanto, a não observância dos parâmetros legais implicaria na criação de uma nova pena, convertendo o magistrado em legislador, em evidente violação da separação de Poderes consagrada pelo art. 2.º da Constituição Federal.

Nessa esteira a **Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça**: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Por identidade de razões, os motivos que levaram à criação do enunciado também se aplicam às agravantes genéricas.

Conclui-se, pois, que as agravantes e atenuantes genéricas também não influem na contagem do prazo prescricional.

Há, entretanto, duas exceções, por expressa previsão legal: **menoridade relativa e senilidade**.

Constituem-se em atenuantes genéricas, tratadas pelo art. 65, I, do Código Penal, as circunstâncias de ser o agente menor de 21 (vinte e um), **na data do fato**, ou maior de 70 (setenta) anos, **na data da sentença**.

Essas atenuantes, na forma do art. 115 do Código Penal, reduzem pela metade os prazos de prescrição, **qualquer que seja sua modalidade** (prescrição da pretensão punitiva ou prescrição da pretensão executória).

Em relação à **menoridade**, compreende-se o acusado maior de 18 anos, penalmente imputável, mas menor de 21 anos ao tempo do fato, pouco importando a data da sentença. Se, exemplificativamente, o agente pratica um crime aos 20, mas é condenado apenas quando já completados 25 anos de idade, a prescrição será contada pela metade.

Essa regra em nada foi alterada pelo Código Civil em vigor: (1) por se tratar de norma favorável ao réu, deveria ter sido revogada expressamente, em face da inadmissibilidade no Direito Penal da analogia *in malam partem*; e (2) os dispositivos penais foram expressamente preservados pelo art. 2.043 do Código Civil.

Anote-se não ser imprescindível para comprovação da menoridade a juntada aos autos de certidão de nascimento, o que pode ser feito por qualquer documento apto. Nos moldes da **Súmula 74 do Superior Tribunal de Justiça**: “Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil”.<sup>21</sup>

Para a **senilidade**, por sua vez, a idade de 70 anos deve ser aferida ao tempo da sentença, pouco importando a data da prática do fato.<sup>22</sup> Assim, se o réu pratica um crime com 68, mas somente é condenado aos 71 anos de idade, o prazo da prescrição será reduzido pela metade.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a palavra “sentença” deve ser interpretada em sentido amplo, para englobar também o acórdão, quando: a) tiver o agente sido julgado diretamente por um colegiado; b) houver reforma da sentença absolutória em julgamento de recurso para condenar o réu; e c) ocorrer a substituição do decreto condenatório em sede de recurso no qual reformada parcialmente a sentença.<sup>23</sup>

Em regra, o Supremo Tribunal Federal não admite a redução da prescrição da pretensão punitiva pela metade quando o condenado completa 70 (setenta) anos de idade após a prolação da sentença condenatória:

A prescrição da pretensão punitiva de condenado com mais de 70 anos se consuma com a prolação da sentença e não com o trânsito em julgado, conforme estatui o art. 115 do CP [“Art. 115. São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos”]. Com base nesse entendimento, a Primeira Turma denegou a ordem de *habeas corpus* em que se discutia a extinção da punibilidade de paciente que completara 70 anos após a sentença condenatória, porém, antes do trânsito em julgado.<sup>24</sup>

O Plenário da Suprema Corte, contudo, já aceitou a diminuição da prescrição pela metade quando a idade de 70 anos vem a ser atingida depois do julgamento, desde que na data do aniversário do acusado a condenação ainda não tenha transitado em julgado. Vale a pena acompanhar o teor do julgado:

Ao tecer considerações sobre a outra tese formulada nos embargos, o Ministro Luiz Fux aduziu a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, em face da redução decorrente da idade avançada [CP: “Art. 115. São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos”]. Pontuou que o acusado completara 70 anos no dia seguinte à sessão do julgamento e que o art. 115 do CP deveria

<sup>21</sup> Para o STF, a certidão do registro civil é exemplo de documento hábil (RHC 105.504/MS, rel. Min. Dias Toffoli, 1.ª Turma, j. 13.12.2011, noticiado no *Informativo* 652). Também podemos lembrar da Carteira de Identidade (RG) e da Carteira Nacional de Habilitação (CNH), entre outros.

<sup>22</sup> STF: HC 107.398/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª Turma, j. 10.05.2011, noticiado no *Informativo* 626.

<sup>23</sup> HC 86.320/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1.ª Turma, j. 17.10.2006. No mesmo sentido, STJ: HC 118.862/BA, rel. Min. Jorge Mussi, 5.ª Turma, j. 12.05.2009, noticiado no *Informativo* 394; e HC 132.347/RJ, rel. originário Min. Nilson Naves, rel. para acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, j. 22.09.2009, noticiado no *Informativo* 408.

<sup>24</sup> HC 129.696/SP, rel. Min. Dias Toffoli, 2.ª Turma, j. 19.04.2016, noticiado no *Informativo* 822. O Superior Tribunal de Justiça compartilha deste entendimento: HC 316.110/SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6.ª Turma, j. 25.06.2019, noticiado no *Informativo* 652.

ser interpretado à luz da irrecorribilidade do título penal condenatório, e não da data do pronunciamento judicial. Realçou, ainda, que houvera recurso apenas da defesa. O Ministro Marco Aurélio acentuou que incidiria o prazo pela metade, pois o Código Penal, ao versar a matéria, não se referiria a sentença ou acórdão condenatórios simplesmente prolatados, mas recorríveis (CP: Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se: [...] IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis”). Avaliou que, na espécie, ele teria atingido a idade antes da publicação do acórdão. Por sua vez, o Ministro Dias Toffoli indicou que a publicação da mencionada decisão colegiada dar-se-ia na sessão de julgamento, mas o acusado, ao completar 70 anos antes do trânsito em julgado do acórdão, teria jus ao benefício relativo à prescrição da pretensão punitiva. O Ministro Ricardo Lewandowski, ao reduzir pela metade o prazo, também, assentou a prescrição. O Ministro Celso de Mello assinalou ser possível reconhecer a incidência da norma do art. 115 do CP quando o condenado completasse 70 anos após a sessão pública de julgamento, mas opusesse embargos de declaração reputados admissíveis, nos quais se buscasse infringir a decisão de modo processualmente legítimo, como no caso.<sup>25</sup>

Finalmente, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de que o Estatuto do Idoso - Lei 10.741/2003 -, ao conferir especial proteção às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, não derogou o art. 115 do Código Penal, ao fundamento de ser completa a norma do Código Penal, não remetendo à disciplina legal do que se entende por idoso, mas fixando os 70 anos como capazes de levar à diminuição do prazo prescricional.<sup>26</sup> Em síntese, a redução da prescrição da pretensão punitiva pela metade somente ocorre quando o acusado era maior de 70 anos, e não de 60 anos, ao tempo da sentença condenatória (ou do acórdão condenatório).

### c) 3.ª fase: Causas de aumento e de diminuição da pena

As causas de aumento e de diminuição da pena estão delineadas na Parte Geral (genéricas) e na Parte Especial (específicas) do Código Penal.

Aumentam e diminuem a pena em quantidade fixa (exemplo: CP, art. 155, § 1.º - “aumenta-se de um terço”) ou variável (exemplos: CP, art. 14, parágrafo único - “diminuída de um a dois terços”, e art. 70, *caput* - “aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade”).

Como as causas de aumento podem levar a pena acima do limite máximo legal, e as causas de diminuição têm o condão de reduzi-la abaixo do piso mínimo, influem no cálculo da prescrição, ao contrário do que ocorre com as circunstâncias judiciais e com as agravantes e atenuantes genéricas.

E, aqui, aplica-se o raciocínio inicialmente formulado no item 46.10.1.2.

Nas causas de aumento da pena de quantidade variável, incide o percentual de **maior elevação**. Exemplo: no crime de roubo circunstanciado, com a pena aumentada em razão do concurso de pessoas (CP, art. 157, § 2.º, II), a exasperação é de 1/3 (um terço) até metade.

A pena do roubo é de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. O aumento máximo de 1/2 (metade). A prescrição da pretensão punitiva propriamente dita ou prescrição da ação penal deve ser calculada sobre a pena de 15 (quinze) anos, a qual resulta da pena máxima do roubo (10 anos) elevada da metade (maior causa de aumento da pena).

De fato, a pena pode chegar aos 15 anos, razão pela qual seria equivocado retirar do Estado seu direito de punir antes de a ele permitir seu pleno exercício.

Causa de aumento de pena com quantidade variável = pena máxima em abstrato + maior aumento

Por outro lado, nas causas de diminuição da pena de quantidade variável, utiliza-se o percentual de **menor redução**. Exemplo: na tentativa (CP, art. 14, parágrafo único), aplica-se a pena do crime consumado, reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

A título ilustrativo, a pena do peculato apropriação (CP, art. 312, *caput*, 1.ª parte) é de 2 (dois) a 12 (doze) anos. Em caso de tentativa, deve ser obrigatoriamente diminuída de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços). O cálculo prescricional de uma tentativa de peculato apropriação (CP, art. 312, *caput*, 1.ª parte c/c o art. 14, II) seria o seguinte: 12 anos (pena máxima do crime) menos 1/3 (causa de menor diminuição). Logo, a prescrição deveria ser computada sobre uma pena de 8 (oito) anos.

Com efeito, as causas de diminuição da pena reduzem, **obrigatoriamente**, a pena. Em síntese, a pena será necessariamente reduzida, restando ao juiz, por ocasião da sentença, definir o percentual adequado.

Essa conclusão se coaduna com o raciocínio já formulado (item 46.10.1.2.). A pena até pode ser reduzida no máximo, mas não há certeza disso. Destarte, seria errado retirar do Estado seu direito de punir com base na diminuição mais elevada, quando no caso concreto a redução da pena pode se concretizar em percentual diverso.

Causa de diminuição da pena com quantidade variável = pena máxima em abstrato - menor diminuição

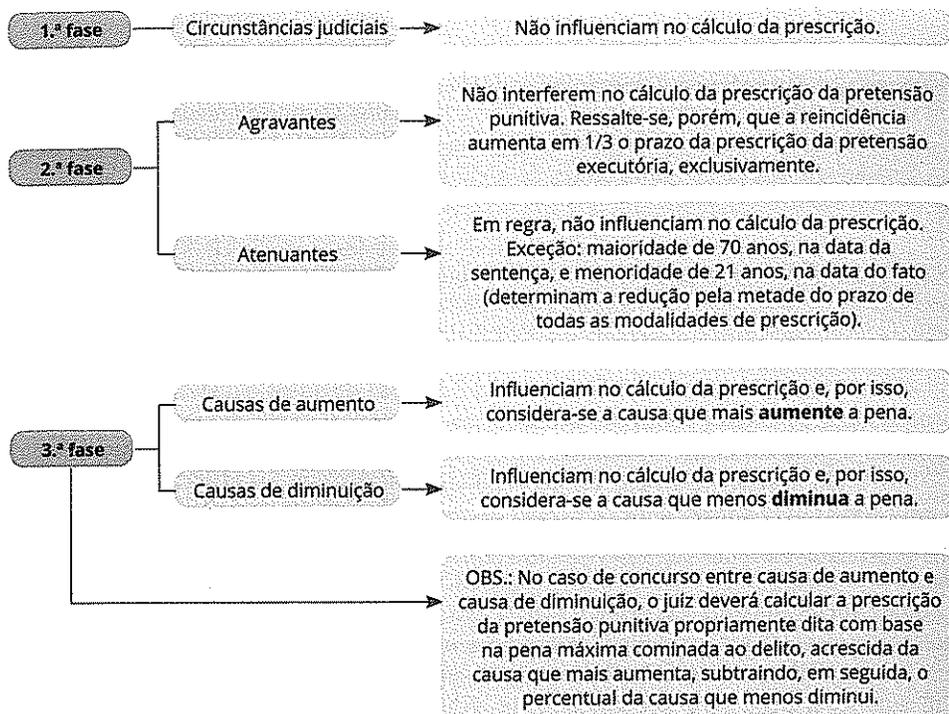
Finalmente, se estiverem presentes, simultaneamente, causas de aumento e de diminuição da pena, ambas em quantidades variáveis, o magistrado deve calcular a prescrição da pretensão punitiva propriamente dita com base na pena máxima cominada ao delito, acrescida da causa que mais aumenta, subtraindo, em seguida, o percentual da causa que menos diminui.

Causas de aumento e de diminuição da pena, simultaneamente, ambas em quantidade variável = pena máxima em abstrato + maior aumento - menor diminuição

<sup>25</sup> AP 516 ED/DF, rel. orig. Min. Ayres Britto, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, Plenário, j. 05.12.2013, noticiado no Informativo 731.

<sup>26</sup> HC 89.969/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, 1.ª Turma, j. 26.06.2007.

O quadro esquemático a seguir sintetiza a matéria:



#### 46.10.1.4. Termo inicial

Encontra-se regulado pelo art. 111 do Código Penal:

Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

I – do dia em que o crime se consumou;

II – no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;

III – nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;

IV – nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

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

##### a) Regra geral (inciso I)

A normalidade é a fluência do prazo da prescrição da pretensão punitiva a partir da data em que o crime se consumou. Nos crimes materiais, inicia-se com a produção do resultado naturalístico, enquanto nos crimes formais e nos de mera conduta opera-se a partir da prática da conduta criminosa.

Em relação ao tempo do crime, o art. 4.º do Código Penal acolheu a teoria da atividade. Todavia, no tocante à prescrição, adotou-se a teoria do resultado, pois o que importa é o dia da consumação.

Se o caso concreto acarretar em dúvida insolúvel, resolve-se a questão em prol do réu, considerando como data da consumação a mais remota, em que a prescrição terá se iniciado há mais tempo. Exemplo: encontra-se um feto, já em estado de putrefação, e descobre-se ter sido praticado por determinada mulher um aborto criminoso. A perícia conclui ter o delito ocorrido entre os meses de janeiro e setembro de um dado ano, sem especificar a data. Deve ser considerado, como início do prazo prescricional, o dia 1.º de janeiro.

##### b) Exceções (incisos II a IV)

As exceções foram taxativamente previstas em lei. Não se admite a analogia contrária ao réu, uma vez que o início tardio da prescrição seria a ele prejudicial, por dificultar a extinção da punibilidade.

##### b.1) Tentativa (inciso II)

A prescrição tem início no dia em que cessou a atividade criminosa, isto é, no dia em que foi praticado o último ato de execução.

##### b.2) Crimes permanentes (inciso III)

Crimes permanentes são aqueles em que a consumação se prolonga no tempo, por vontade do agente. É o caso do crime de extorsão mediante sequestro (CP, art. 159), no qual a situação ilícita se arrasta enquanto a vítima é mantida privada da sua liberdade. Nesses delitos, enquanto não encerrada a permanência, é dizer, enquanto não cessada a consumação, não se inicia o trâmite do prazo prescricional.

O fundamento dessa exceção é simples: a consumação se prolonga no tempo, somente se aperfeiçoando com o fim da permanência. Em suma, o crime continua se consumando. A propósito, no sequestro (CP, art. 148), de índole permanente, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que tal delito “não prescreve enquanto não for encontrada a pessoa ou o corpo.”<sup>27</sup>

##### b.2.1) Crimes habituais

São crimes habituais os que se compõem da reiteração de diversos atos, isoladamente considerados irrelevantes perante o Direito Penal. É o caso do exercício ilegal da medicina (CP, art. 282), em que não basta a prática de um ato privativo de médico, mas que essa postura se revele como o estilo de vida do agente.

Nesses crimes, o prazo prescricional inicia-se a partir da data da última das ações que constituem o fato típico. Não há diversos delitos, mas um crime único que atinge a consumação apenas com o último ato executório. Exemplo: no exercício ilegal da medicina, flui a prescrição a partir da última prática ilegal de ato privativo de médico (a derradeira consulta, exemplificativamente), e não em relação a cada ato individualmente analisado (cada consulta, por exemplo).<sup>28</sup>

##### b.3) Crimes de bigamia e de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil (inciso IV)

Nesses crimes, a prescrição começa a correr a partir da data em que o fato se tornar conhecido.

<sup>27</sup> Ext 1270/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, 1.ª Turma, j. 12.12.2017, noticiado no Informativo 888.

<sup>28</sup> STF: HC 87.987/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1.ª Turma, j. 09.05.2006, noticiado no Informativo 426. No STJ: HC 105.074/SP, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 18.05.2010.

O conhecimento do fato, exigido pela lei, refere-se à autoridade pública que tenha poderes para apurar, processar ou punir o responsável pelo delito, aí se incluindo o Delegado de Polícia, o membro do Ministério Público e o órgão do Poder Judiciário.<sup>29</sup>

Prevalece o entendimento de que não é necessária a ciência formal do crime (notícia do delito perante o Poder Público), bastando a de cunho presumido, relativa à notoriedade do fato.

#### *b.4) Crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes (inciso V)*

A Lei 12.650/2012, também conhecida como “Lei Joanna Maranhão”,<sup>30</sup> acrescentou o inc. V ao art. 111 do Código Penal, com a seguinte redação: “nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal”.

Criou-se mais uma exceção à regra, segundo a qual a prescrição da pretensão punitiva tem como termo inicial a data da consumação do delito. Esta hipótese é aplicável a todos os crimes contra a dignidade sexual, previstos no Código Penal ou em leis especiais, contra vítimas menores de 18 anos, ou seja, crianças ou adolescentes. O fundamento da inovação legislativa é simples e louvável.

Com efeito, lamentavelmente, a ampla maioria dos crimes sexuais envolvendo vítimas menores de 18 anos ocorre no ambiente doméstico, e seus autores são justamente aqueles que deveriam zelar pelo desenvolvimento das crianças e dos adolescentes: pais, padrastos, avós, parentes em geral e pessoas com alguma relação de afinidade.

Contudo, poderia surgir, como de fato tem surgido, a seguinte crítica: tais delitos são de ação penal pública incondicionada (CP, art. 225), razão pela qual a autoridade policial e o Ministério Público poderiam (e deveriam) iniciar a persecução penal de ofício, é dizer, independentemente de autorização da vítima ou do seu representante legal. É verdade. Entretanto, os crimes desta natureza normalmente ficam em sigilo, restritos ao palco em que ocorreram. As vítimas, por medo, ingenuidade, ou até mesmo pela falta de acesso aos órgãos públicos, não levam os fatos ao conhecimento das autoridades competentes.

Como se sabe, abusos sexuais em crianças e adolescentes são tristes memórias que jamais se apagam. Os traumas psicológicos nunca são superados. Independentemente do decurso do tempo, as vidas das vítimas ficam eternamente marcadas por frestas instaladas no porão das lembranças horríveis de um drama cujo algoz, em geral, estava dentro da própria casa.

Em razão disso, o termo inicial da prescrição da pretensão punitiva iniciar-se-á na data em que a vítima completar 18 anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal. Ao atingir a maioridade, a vítima terá plenas condições para manter-se por conta própria, encerrando a relação de dependência perante seu agressor ou qualquer outra pessoa que pretenda blindá-lo com a impunidade. De outro lado, se a ação penal já tiver sido proposta, a prescrição começará a fluir da data da propositura da denúncia ou queixa (ação penal privada subsidiária da pública), e o Estado estará habilitado para aplicar a sanção adequada, com respeito ao devido processo legal.

A ação penal se considera **proposta** no dia em que o Ministério Público (ou querelante) oferece a denúncia (ou queixa crime).<sup>31</sup> De fato, se o dispositivo legal versasse sobre o “recebimento”, seria de todo inútil, em face da interrupção da prescrição da pretensão punitiva (CP, art. 117, inc. I).

É fácil notar, portanto, que nas hipóteses alcançadas pelo dispositivo em apreço (CP, art. 111, inc. V), a prescrição pode ultrapassar o teto de 20 anos previsto no art. 109, inc. I, do Código Penal. Pensemos em um estupro de vulnerável (CP, art. 217-A) praticado contra criança de cinco anos de idade. A pena máxima deste delito (15 anos) prescreve em 20 anos. Se a denúncia não for ajuizada até a data da sua maioridade, terão transcorridos 13 anos, e a partir do seu 18º aniversário o Estado contará com mais 20 anos para a imposição da pena privativa de liberdade. Em síntese, a prescrição ocorrerá em 33 anos.

E mais. Se existir, na situação concreta, alguma causa impeditiva da prescrição da pretensão punitiva, o prazo prescricional não terá início enquanto o impedimento não for superado. É o que se dá, exemplificativamente, na hipótese em que, na data do 18º aniversário da vítima, o agente encontrar-se cumprindo pena no exterior (CP, art. 116, inc. II). Será preciso aguardar o término da reprimenda para, a partir de então, iniciar-se o decurso da prescrição da pena atinente ao crime contra a dignidade sexual da criança ou do adolescente.

Se a vítima do crime sexual vier a falecer, duas situações devem ser diferenciadas: (a) se a morte ocorrer antes do 18º aniversário, a prescrição terá início na data da consumação do delito de natureza sexual (regra geral do CP – art. 111, inc. I), pois o ofendido jamais alcançará a maioridade. Exemplo: estupro contra criança de 10 anos, que vem a suicidar-se cinco anos depois, ocasião em que deixa uma carta narrando o crime cometido pelo genitor contra ela; e (b) se a morte ocorrer após o 18º aniversário, a prescrição terá se iniciado com o advento da maioridade, na forma delineada pelo art. 111, inc. V, do Código Penal.

Finalmente, é importante observar que a regra contida no art. 111, inc. V, do Código Penal incide somente no tocante aos crimes sexuais praticados contra crianças ou adolescentes, não se aplicando no âmbito dos **demais vulneráveis**, diversos dos menores de 14 anos, elencados pelo parágrafo único do art. 217-A do Código Penal (pessoas com enfermidade ou deficiência mental, sem discernimento para o ato, ou que, por qualquer outra causa, não possam oferecer resistência).

#### *46.10.1.5. Termo inicial da prescrição da pretensão punitiva e regra especial da Lei de Falências*

Como regra, a Lei 11.101/2005 – Lei de Falências – estatui em seu art. 182 que a prescrição dos crimes nela previstos reger-se-á pelo Código Penal.

No tocante ao termo inicial, entretanto, possui critério diverso: o prazo da prescrição começa a correr do dia da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou com a homologação do plano de recuperação extrajudicial.

Essa disposição somente se aplica à prescrição da pretensão punitiva, e jamais à prescrição da pretensão executória, que depende do trânsito em julgado da sentença condenatória para ambas as partes do processo penal.

<sup>29</sup> STJ: RHC 7.206/RJ, rel. Min. José Dantas, 5ª Turma, j. 28.04.1998.

<sup>30</sup> Joanna Maranhão denunciou, no ano de 2008, os abusos sexuais que sofreu, aos 9 anos de idade, no início da carreira de nadadora, de Eugênio Miranda, seu então treinador.

<sup>31</sup> Esta é a jurisprudência tradicionalmente adotada pelo Supremo Tribunal Federal: HC 93.368/PR, rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 09.08.2011.

#### 46.10.1.6. Causas interruptivas

As hipóteses de interrupção da prescrição da pretensão punitiva foram definidas pelo art. 117, I a IV, do Código Penal:

Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se:

I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II - pela pronúncia;

III - pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis.

Os incisos V e VI do art. 117 do Código Penal referem-se à interrupção da prescrição da pretensão executória.

Interrupção do prazo significa que, verificada a causa legalmente prevista, o intervalo temporal volta ao seu início, desprezando-se o tempo até então ultrapassado. Os marcos interruptivos conduzem ao **reinício do cálculo**. É o que consta expressamente do art. 117, § 2.º, do Código Penal. Exemplo: se ocorrer uma causa interruptiva relativa a uma pena de 4 (quatro) anos, cuja prescrição se dá em (oito) anos, depois de transcorridos 7 (sete) anos, esse período será desconsiderado, e, para a extinção da punibilidade, exigir-se-á o decurso de outros 8 (oito) anos sem a atuação estatal.

Por se tratar de matéria prejudicial ao réu, o rol do art. 117 é taxativo, não admitindo o emprego da analogia para englobar situações semelhantes não apontadas pela lei.

Analisemos as causas interruptivas, que estabelecem os **períodos** entre os quais a prescrição pode se efetivar.

##### a) Recebimento da denúncia ou da queixa:

Anote-se, inicialmente, que o curso da prescrição da pretensão punitiva é interrompido pelo **recebimento** da inicial acusatória, e não pelo seu oferecimento por parte do Ministério Público ou do querelante.

A interrupção se dá com a **publicação** do despacho de recebimento da denúncia ou da queixa. Prescinde-se da veiculação do ato judicial na imprensa oficial, ainda que por meio do processo judicial eletrônico. Basta a publicação do ato em cartório, com a entrega do despacho em mãos do escrivão.<sup>32</sup>

A partir da reforma promovida no Código de Processo Penal pela Lei 11.719/2008, o Superior Tribunal de Justiça considera como adequado ao recebimento da denúncia ou queixa o momento previsto no art. 396: tão logo oferecida a acusação e antes mesmo da citação do acusado.<sup>33</sup>

Esse recebimento pode ainda ocorrer em 2.º grau de jurisdição, pois, no caso de a denúncia ou queixa ser rejeitada, a interrupção ocorrerá na data da sessão de julgamento do recurso em sentido estrito (CPP, art. 581, I) ou da apelação (Lei 9.099/1995, art. 82, *caput*) pelo Tribunal. É o que se extrai da **Súmula 709 do Supremo Tribunal Federal**:

“Salvo quando nula a decisão de primeiro grau, o acórdão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela”.

A denúncia ou a queixa recebida por juízo absolutamente incompetente não interrompe a prescrição, porque esse despacho tem índole de ato decisório, aplicando-se, portanto, a regra prevista no art. 567, 1.ª parte, do Código de Processo Penal.<sup>34</sup> A interrupção somente se efetivará com a publicação do despacho do juízo competente ratificando os atos anteriores.

Por sua vez, o recebimento da denúncia ou da queixa por juízo relativamente incompetente interrompe a prescrição. Na visão do Superior Tribunal de Justiça:

Tratando-se de incompetência relativa, o exame da prescrição da pretensão punitiva deve considerar o recebimento da denúncia realizado pelo Juízo incompetente, e não a convalidação posterior do Juízo que detém competência territorial, uma vez que este último ato possui natureza declarativa, prestando-se unicamente a confirmar a validade do primeiro. Em outros termos: pelo princípio da convalidação, o recebimento da denúncia por parte de Juízo territorialmente incompetente tem o condão de interromper o prazo prescricional.<sup>35</sup>

Se o despacho de recebimento da denúncia ou da queixa for posteriormente **anulado**, por qualquer motivo, não se interrompe o curso da prescrição, pois os atos nulos não produzem efeitos jurídicos.

O recebimento do aditamento à denúncia ou à queixa não interrompe a prescrição, exceto se for acrescentado novo crime, quando a interrupção ocorrerá apenas em relação a esse novo delito.<sup>36</sup>

##### b) Pronúncia:

É a decisão interlocutória mista não terminativa, fundada em prova da materialidade do fato delituoso e indícios suficientes de autoria, que submete o responsável pela prática de um crime doloso contra a vida a julgamento perante o Tribunal do Júri.

Conseqüentemente, essa causa de interrupção da prescrição da pretensão punitiva é aplicável somente aos crimes de competência do Tribunal do Júri.

A interrupção se efetiva com a **publicação da sentença de pronúncia**, que prescinde de publicação na imprensa oficial. É suficiente, para essa finalidade, a publicação da decisão em cartório.

No caso de o réu ter sido impronunciado, interpondo-se contra a decisão recurso de apelação (CPP, art. 416), ao qual se dá provimento para o fim de pronunciá-lo, a interrupção se dá na data da sessão de julgamento do recurso pelo Tribunal competente.

E, uma vez pronunciado, persiste a força interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri, no julgamento em plenário, desclassifique o crime para outro que não seja de sua competência. É o que se extrai da **Súmula 191 do Superior Tribunal de**

<sup>34</sup> “Doutrina e jurisprudência são uniformes no sentido de que o recebimento da denúncia por magistrado absolutamente incompetente não interrompe o curso do prazo prescricional” (STJ: RHC 29.599/RS, rel. Min. Jorge Mussi, 5.ª Turma, j. 20.06.2013). E mais: “Quando a autoridade que receber a denúncia for incompetente em razão de prerrogativa de foro do réu, o recebimento da peça acusatória será ato absolutamente nulo e, portanto, não interromperá a prescrição” (STJ: APn 295/RR, rel. Min. Jorge Mussi, Corte Especial, j. 17.12.2014, noticiado no *Informativo* 555). No STF: HC 104.907/PE, rel. Min. Celso de Mello, 2.ª Turma, j. 10.05.2011, noticiado no *Informativo* 626.

<sup>35</sup> RHC 40.514/MG, rel. Min. Laurita Vaz, 5.ª Turma, j. 08.05.2014.

<sup>36</sup> STJ: HC 188.471/ES, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, j. 31.05.2011, noticiado no *Informativo* 475.

<sup>32</sup> Quando os autos da ação penal são remetidos ao juiz para recebimento da denúncia ou da queixa, faz-se conclusão (“conclusos”). O magistrado recebe carga dos autos, e, quando os devolve, o escrivão registra essa baixa no livro respectivo. Nesse momento se opera a publicação do despacho em cartório.

<sup>33</sup> HC 138.089/SC, rel. Min. Felix Fischer, 5.ª Turma, j. 02.03.2010, noticiado no *Informativo* 425.

**Justiça:** “A pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime”.

*c) Decisão confirmatória da pronúncia:*

Essa forma de interrupção também é possível apenas nos crimes de competência do Tribunal do Júri, e ocorre quando o réu foi pronunciado, e contra essa decisão a defesa interpôs recurso em sentido estrito, com fundamento no art. 581, IV, do Código de Processo Penal, ao qual foi negado provimento.

Opera-se a interrupção na data de **sessão de julgamento** do recurso pelo Tribunal competente, e não na data da publicação do acórdão.

Essas duas causas interruptivas (pronúncia e decisão que a confirma) são justificáveis pela amplitude e pela extensão do procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, fatores que poderiam fomentar artimanhas processuais que levariam à impunidade pela prescrição.

*d) Publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis:*

No caso da **sentença condenatória**, a interrupção se opera com sua **publicação**, isto é, com sua entrega em mãos do escrivão, que lavrará nos autos o respectivo termo, registrando-a em livro especialmente destinado a esse fim (CPP, art. 389).

No tocante ao **acórdão condenatório**, a interrupção se dá com a **sessão de julgamento pelo Tribunal competente**, seja em grau de recurso da acusação, seja nas hipóteses de sua competência originária.<sup>37</sup>

Em relação a acórdão em sede recursal, cumpre salientar que somente se pode taxá-lo de “condenatório” quando a sentença de 1.ª instância foi absolutória. E aqui surge uma importante pergunta: O acórdão confirmatório da condenação funciona como causa interruptiva da prescrição da pretensão punitiva? O Supremo Tribunal Federal já decidiu que sim:

A prescrição é, como se sabe, o perecimento da pretensão punitiva ou da pretensão executória pela inércia do próprio Estado. No art. 117 do Código Penal, que deve ser interpretado de forma sistemática, todas as causas interruptivas da prescrição demonstram, em cada inciso, que o Estado não está inerte. Não obstante a posição de parte da doutrina, o Código Penal não faz distinção entre acórdão condenatório inicial e acórdão condenatório confirmatório da decisão. Não há, sistematicamente, justificativa para tratamentos díspares. A ideia de prescrição está vinculada à inércia estatal e o que existe na confirmação da condenação é a atuação do Tribunal. Consequentemente, se o Estado não está inerte, há necessidade de se interromper a prescrição para o cumprimento do devido processo legal.<sup>38</sup>

A 2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, entretanto, tem decidido em sentido diverso:

Jurisprudência desta Suprema Corte, cujas decisões corretamente distinguem, para efeito de interrupção da prescrição penal (CP, art. 117, IV), entre acórdão condenatório e

acórdão meramente confirmatório de anterior condenação penal, em ordem a não atribuir eficácia interruptiva do lapso prescricional à decisão do Tribunal que simplesmente nega provimento ao recurso interposto pelo réu contra anterior sentença condenatória. Precedentes. Doutrina.<sup>39</sup>

Se, todavia, a sentença condenatória foi reformada pelo Tribunal em grau de apelação, absolvendo o réu, mantém-se a interrupção provocada pela publicação da decisão de 1.ª instância.

A sentença anulada não interrompe a prescrição, pois, repita-se, um ato nulo não produz efeitos jurídicos.

O acórdão proferido nas **ações penais de competência originária do Supremo Tribunal Federal** (CF, art. 102, I, *b e c*), nas hipóteses em que não comporta mais nenhum recurso, **não interrompe a prescrição, pois é irrecorrível**.

Finalmente, a sentença que aplica medida de segurança pode ou não interromper a prescrição. Não interrompe quando impõe medida de segurança ao inimputável, pois nesse caso tem natureza absolutória (“absolvição imprópria”). Interrompe, contudo, na hipótese de medida de segurança dirigida ao semi-imputável, já que a sentença é condenatória: o magistrado condena o réu, diminui a pena privativa de liberdade de 1 (um) a 2/3 (dois terços) e, comprovada sua periculosidade, substitui a pena diminuída por medida de segurança.

**46.10.1.7. Comunicabilidade das causas interruptivas da prescrição da pretensão punitiva**

Para o art. 117, § 1.º, do Código Penal:

§ 1.º Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.

A previsão expressa da exceção relativa aos incisos V e VI se fundamenta na circunstância de se tratarem de causas de interrupção da **prescrição da pretensão executória**.

O dispositivo legal apresenta duas regras distintas: comunicabilidade no concurso de pessoas e comunicabilidade nos crimes conexos que sejam objeto do mesmo processo.

*a) Concurso de pessoas*

Dispõe o texto de lei que “a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime”.

A palavra “autores” foi utilizada pelo Código Penal como gênero, para englobar tanto coautores como partícipes do crime.

Fundamenta-se essa regra no fato de que quando o Estado exerce a persecução relativamente a um dos envolvidos no crime, revelou o seu interesse em também efetivá-la em relação a todos os demais.

Exemplo: “A” e “B” são regularmente processados pelo crime de roubo. Aquele é condenado, e este, absolvido. O Ministério Público interpõe recurso de apelação, obje-

<sup>37</sup> “A prescrição da pretensão punitiva do Estado, em segundo grau de jurisdição, se interrompe na data da sessão de julgamento do recurso e não na data da publicação do acórdão” (STF: RHC 125.078/SP, rel. Min. Dias Toffoli, 1.ª Turma, j. 03.03.2015, noticiado no *Informativo 776*).

<sup>38</sup> AgReg no RE com Agravo 1.188.699/ES, rel. Min. Alexandre de Moraes, 1.ª Turma, j. 29.03.2019.

<sup>39</sup> RE 1.202.790 AgR/GO, rel. Min. Celso de Mello, 2.ª Turma, j. 28.06.2019. Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: Edcl no AgRg no AREsp 1.203.442/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6.ª Turma, j. 01.10.2019.

tivando a reforma da sentença somente em relação a “B”, para condená-lo. Pela regra do art. 117, § 1.º, 1.ª parte, do Código Penal, o Tribunal deverá considerar a prescrição interrompida para “B”, diante da sentença condenatória recorrível proferida contra “A”.

Essa sistemática também se aplica a todas as demais causas interruptivas da prescrição da pretensão punitiva: recebimento da denúncia ou queixa, pronúncia, decisão confirmatória da pronúncia e acórdão condenatório recorrível.

#### b) Crimes conexos que sejam objeto do mesmo processo

Crimes conexos são aqueles que possuem alguma ligação entre si. Quando tais crimes forem objeto do mesmo processo, diga-se, da mesma ação penal, ou seja, forem imputados ao réu na mesma denúncia ou na mesma queixa-crime, a interrupção relativa a qualquer deles estende os seus efeitos aos demais.

Exemplo: “A” pratica três crimes: roubo, furto e tráfico de drogas. Os delitos são investigados em um único inquérito policial, ensejando o oferecimento de denúncia por todos eles. Após regular processamento, “A” é condenado pelo roubo, e absolvido pelos demais delitos. O Ministério Público apela, almejando a reforma da sentença na parte relativa às absolvições, para o fim de condenar o réu por todos os crimes. Pela regra contida no art. 117, § 1.º, *in fine*, do Código Penal, a sentença condenatória recorrível proferida em relação ao roubo interrompe a prescrição desse crime, estendendo-se esse efeito também ao furto e ao tráfico de drogas.<sup>40</sup>

Essa disposição aplica-se ainda às demais causas interruptivas da prescrição da pretensão punitiva: recebimento da denúncia ou queixa, pronúncia, decisão confirmatória da pronúncia e publicação do acórdão condenatório recorrível.

#### 46.10.1.8. Causa especial de interrupção da prescrição da pretensão punitiva nos crimes falimentares

Estatui o art. 182, parágrafo único, da Lei 11.101/2005 – Lei de Falências: “A decretação da falência do devedor interrompe a prescrição cuja contagem tenha iniciado com a concessão da recuperação judicial ou com a homologação do plano de recuperação extrajudicial”.

#### 46.10.1.9. Causas impeditivas

As causas impeditivas da prescrição estão disciplinadas pelo art. 116, I e II, do Código Penal:

**Art. 116.** Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:

I – enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;

II – enquanto o agente cumpre pena no exterior;

III – na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis; e

IV – enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal.

Nada obstante o Código Penal fale em “causas impeditivas”, essas regras se aplicam ao impedimento e à suspensão da prescrição.

**Impedimento** é o acontecimento que obsta o início do curso da prescrição. De seu turno, na **suspensão** esse acontecimento desponta durante o trâmite do prazo prescricional, travando momentaneamente a sua fluência. Superado esse entrave, a prescrição volta a correr normalmente, nela se **computando** o período anterior.

Analisemos cada uma das hipóteses indicadas pelo Código Penal.

*Inciso I – Enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime:*

Trata-se da **questão prejudicial** ainda não resolvida em outro processo.

Questão prejudicial é a que influencia na tipicidade da conduta, é dizer, aquela cuja solução é fundamental para a existência do crime e, conseqüentemente, para o julgamento do mérito da ação penal.

As questões prejudiciais estão previstas nos arts. 92 (relativas ao estado civil das pessoas) e 93 (relativas a questões diversas) do Código de Processo Penal.

O juiz criminal, geralmente, possui jurisdição para decidir qualquer questão, salvo a inerente ao **estado civil das pessoas**, caso em que a ação penal será **obrigatoriamente suspensa** até o trânsito em julgado da sentença proferida na ação civil (CPP, art. 92). Destarte, o termo inicial da suspensão da prescrição é o despacho que suspende a ação penal, e o termo final é o despacho que determina a retomada do seu trâmite.

O exemplo clássico é o do agente processado por bigamia que, no juízo cível, busca a anulação de um dos casamentos. Se obtiver sucesso, não haverá o crime tipificado pelo art. 235 do Código Penal.

Em relação às questões prejudiciais diversas, ou seja, não atinentes ao estado civil das pessoas (CPP, art. 93), a suspensão da ação penal é **facultativa**, mas, se o juiz por ela optar, também estará suspensa a prescrição.

*Inciso II – Enquanto o agente cumpre pena no exterior.*

Justifica-se essa causa impeditiva porque, normalmente, não se consegue a extradição de pessoa que cumpre pena no exterior. Em respeito à soberania do outro país, aguarda-se a integral satisfação da sanção penal no estrangeiro, para, posteriormente, ser o agente punido no Brasil.

*Inciso III – Na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis:*

A última causa interruptiva da prescrição da pretensão punitiva é a publicação da sentença ou acórdão condenatório recorríveis (CP, art. 117, IV).

Na prática, entretanto, é usual a utilização de embargos declaratórios com fins meramente protelatórios, ou seja, para afastar o trânsito em julgado da condenação e adiar a execução definitiva da pena. Igual procedimento se repete com recursos aos Tribunais Superiores, notadamente o recurso especial (STJ) e o recurso extraordinário (STF), em hipóteses nas quais claramente os instrumentos processuais são inadmissíveis.

Antes das alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, também conhecida como “Pacote Anticrime”, a prescrição fluía normalmente durante a apreciação de tais recursos, circunstância que, somada à morosidade da prestação jurisdicional, muitas vezes

<sup>40</sup> O Superior Tribunal de Justiça encampa este entendimento: RHC 40.177/PR, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 25.08.2015, noticiado no *Informativo* 568.

levava à extinção da punibilidade. A atividade procrastinatória era eficaz para garantir a impunidade de criminosos já condenados pelo Poder Judiciário.

O panorama jurídico felizmente mudou. Não corre a prescrição enquanto estiverem pendentes de apreciação tantos os embargos de declaração quanto os recursos aos Tribunais Superiores, quando inadmissíveis.

*Inciso IV - Enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal:*

Acordo de não persecução penal, disciplinado pelo art. 28-A do Código de Processo Penal, é o negócio jurídico formalizado por escrito e firmado pelo Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor, cabível nas infrações penais praticadas sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, obrigatoriamente homologado em audiência pelo juiz competente, qual seja, o juiz de garantias, a teor da regra contida no art. 3.º-B, XVII, do Código de Processo Penal.

Somente pode ser celebrado quando não for caso de arquivamento do procedimento investigatório, e depende da confissão formal e circunstanciada acerca do crime ou da contravenção penal. Em troca do não oferecimento da denúncia, o investigado sujeita-se ao cumprimento de condições não privativas da liberdade pactuadas (CPP, art. 28-A, I a V) pactuadas com o Parquet.

Depois de homologado judicialmente, os autos são devolvidos ao Ministério Público para que inicie sua execução (CPP, art. 28-A, § 6.º). O cumprimento do acordo de não persecução penal pode exigir relevante tempo, a exemplo do que dá na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços (CPP, art. 28-A, III).

Se o acordo de não persecução penal for integralmente cumprido, o Poder Judiciário decretará a extinção da punibilidade (CPP, art. 28-A, § 13). Entretanto, se o investigado descumprir qualquer das condições estipuladas no acordo, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia (CPP, art. 28-A, § 10).

A persecução penal fica suspensa durante a vigência do acordo de não persecução penal. Nada mais correto, portanto, que a prescrição também não corra durante esse intervalo.

#### 46.10.1.10. Natureza do rol das causas impeditivas e suspensivas previstas no Código Penal

Em se tratando de matéria prejudicial ao réu, por dificultar a ocorrência da extinção da punibilidade, a enumeração das causas suspensivas e interruptivas é **taxativa**, não comportando aplicação analógica.

Dessa forma, é importante ressaltar que a instauração de incidente de insanidade mental, versado pelo art. 149 do Código de Processo Penal, não suspende a prescrição da pretensão punitiva, por falta de amparo legal.

#### 46.10.1.11. Causas impeditivas e suspensivas da prescrição da pretensão punitiva previstas fora do Código Penal

A previsão de causas impeditivas e suspensivas da prescrição da pretensão punitiva não se restringe ao Código Penal, podendo ser encontradas nos seguintes diplomas legais:

- a) **Art. 89, § 6.º, da Lei 9.099/1995:** Suspensão condicional do processo, nos crimes com pena mínima igual ou inferior a 1 ano, em que também se opera a suspensão da prescrição.
- b) **Art. 366 do CPP:** Quando o réu, citado por edital, não comparecer ao interrogatório nem constituir defensor, suspende-se o processo e a prescrição.
- c) **Art. 368 do CPP:** Estando o acusado no estrangeiro, em lugar sabido, será citado mediante carta rogatória, suspendendo-se o curso da prescrição até o seu cumprimento.
- d) **Art. 53, § 5.º, da Constituição Federal:** A sustação pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, dos processos criminais contra Deputado Federal ou Senador, suspende a prescrição, enquanto durar o mandato. Com a modificação introduzida pela EC 35/2001, o Supremo Tribunal Federal pode receber a denúncia sem licença prévia da Casa respectiva. No entanto, deve comunicá-la à Câmara dos Deputados ou ao Senado Federal, conforme o caso, podendo o Poder Legislativo, por iniciativa de partido político nele representado e pelo voto da maioria absoluta de seus membros, sustar o andamento da ação, suspendendo-se, automaticamente, o curso da prescrição.
- e) **Acordo de leniência nos crimes contra a ordem econômica:** Na forma do art. 87 da Lei 12.529/2011:

**Art. 87.** Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

- f) **Crimes contra a ordem tributária:** Nesses delitos, a suspensão da prescrição pode ocorrer em diversas hipóteses, entre elas a do parcelamento do débito tributário, que importa na suspensão da prescrição da pretensão punitiva com fundamento no art. 83, §§ 2.º e 3.º da Lei 9.430/1996, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 12.382/2011. Para o Supremo Tribunal Federal, nos crimes materiais contra a ordem tributária (Lei 8.137/1990, art. 1.º), o lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo importa na falta de justa causa para a ação penal, suspendendo, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo.<sup>41</sup>

#### 46.10.1.12. Recurso extraordinário com repercussão geral, suspensão dos processos pendentes em todo o território nacional e suspensão da prescrição

Para o Supremo Tribunal Federal, a suspensão processual prevista no art. 1.035, § 5.º, do Código de Processo Civil ("Reconhecida a repercussão geral, o relator no

<sup>41</sup> ARE ED 709.719/SP, rel. Min. Luiz Fux, 1.ª Turma, j. 04.12.2012.

Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional”) **produz efeitos nos processos penais** cuja matéria tenha sido objeto de repercussão geral reconhecida pela Corte.

Destarte, enquanto não julgado o recurso extraordinário paradigma, **é possível a suspensão da prescrição da pretensão punitiva** de crimes ou contravenções penais objeto das ações penais sobrestadas, com as seguintes características fundamentais:

- a) a suspensão de processamento prevista no § 5.º do art. 1.035 do CPC não consiste em consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no *caput* do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la;
- b) a possibilidade de sobrestamento se aplica aos processos de natureza penal;
- c) nesse contexto, em sendo determinado o sobrestamento de processos de natureza penal, opera-se **automaticamente** a suspensão da prescrição da pretensão punitiva relativa aos crimes que forem objeto das ações penais sobrestadas, a partir de interpretação conforme a Constituição Federal do art. 116, inc. I, do Código Penal;
- d) **em nenhuma hipótese**, o sobrestamento de processos penais determinado com fundamento no art. 1.035, § 5.º, do CPC **abrangerá inquéritos policiais ou procedimentos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público**;
- e) **em nenhuma hipótese**, o sobrestamento de processos penais determinado com fundamento no art. 1.035, § 5.º, do CPC **abrangerá ações penais em que haja réu preso provisoriamente**;
- f) em qualquer caso de sobrestamento de ação penal determinado com fundamento no art. 1.035, § 5.º, do CPC, **poderá o juízo de piso, no curso da suspensão, proceder, conforme a necessidade, à produção de provas de natureza urgente**.

Na visão do Supremo Tribunal Federal, a suspensão do prazo prescricional para a resolução de questão externa prejudicial ao reconhecimento do crime abrange a hipótese de suspensão do prazo prescricional nos processos criminais com repercussão geral reconhecida.

Se não bastasse, a interpretação conforme a Constituição Federal do art. 116, inc. I, do Código Penal se fundamenta nos princípios da unidade e da concordância prática das normas constitucionais. O legislador, ao impor a suspensão dos processos sem instituir, simultaneamente, a suspensão dos prazos prescricionais, cria o risco de erigir sistema processual que vulnera a eficácia normativa e a aplicabilidade imediata de princípios constitucionais.

Além disso, o sobrestamento de processo criminal, sem previsão legal de suspensão do prazo prescricional, impede o exercício da pretensão punitiva pelo Ministério Público e gera desequilíbrio entre as partes. Desse modo, fere a prerrogativa institucional do

*parquet* e o postulado da paridade de armas, violando os princípios do contraditório e do devido processo legal.

Para a Suprema Corte, o princípio da proporcionalidade opera tanto na esfera de proteção contra excessos estatais quanto na proibição de proteção deficiente, vertente esta que seria flagrantemente violada pelo obstáculo intransponível à proteção de direitos fundamentais da sociedade de impor sua ordem penal.

Destacou-se que a interpretação conforme a Constituição, segundo os limites reconhecidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, encontra-se preservada. A exegese proposta não implica violação à expressão literal do texto infraconstitucional, tampouco à vontade do legislador, considerando a opção legislativa que fixou todas as hipóteses de suspensão da prescrição da pretensão punitiva previstas no ordenamento jurídico nacional, qual seja, a superveniência de fato impeditivo da atuação do Estado acusador.

Aduziu que o sobrestamento de processos penais determinado em razão da adoção da sistemática da repercussão geral não abrangerá inquéritos policiais ou procedimentos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público. O § 5.º do art. 1.035 do CPC prevê apenas a possibilidade de suspensão dos processos pendentes que versarem sobre a questão debatida e tramitem no território nacional, não ostentando os mencionados expedientes de investigação a natureza jurídica de processo, e sim de procedimento.

Acrescentou que o sobrestamento de processos penais determinado em razão da adoção da sistemática da repercussão geral tampouco abrangerá ações penais em que haja réu preso provisoriamente. Não se mostra admissível, sob pena de ampliação injustificada do período de restrição do direito de liberdade do acusado, que a segregação processual perdure enquanto estiver suspenso o curso da marcha processual e do prazo prescricional concernente às infrações penais cogitadas.

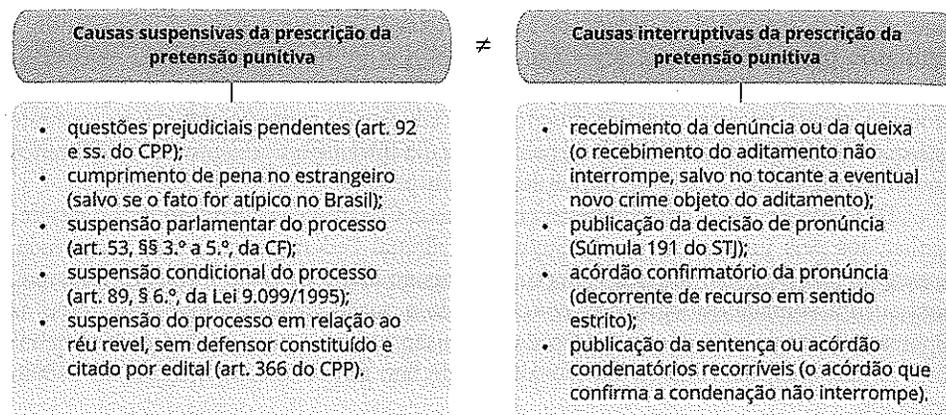
Finalmente, registrou-se que, em qualquer caso de sobrestamento de ação penal determinado com fundamento no art. 1.035, § 5.º, do Código de Processo Civil, o juízo de piso poderá, a partir de aplicação analógica do disposto no art. 92, *caput*, do Código de Processo Penal, autorizar, no curso da suspensão, a produção de provas de natureza urgente.<sup>42</sup>

Em que pese a força desta decisão, e a inquestionável utilidade da sua aplicação prática, ousamos discordar do Supremo Tribunal Federal, por uma razão muito simples: a suspensão da prescrição é matéria prejudicial ao acusado, pois retarda (ou inviabiliza) a extinção da punibilidade.

Portanto, somente lei em sentido formal, cuidando expressamente desse tema, seria capaz de criar, de modo legítimo, nova causa suspensiva da prescrição da pretensão punitiva, em obediência ao princípio da taxatividade, compreendido como fundamento jurídico do princípio da reserva legal (CF, art. 5.º, inc. XXXIX, e CP, art. 1.º).

De fato, não se pode utilizar no Direito Penal, por analogia (*in malam partem*), um dispositivo do Código de Processo Civil para criar embaraço à prescrição. As regras estruturantes do sistema penal devem ser preservadas.

<sup>42</sup> RE 966.177 RG/RS, rel. Min. Luiz Fux, Plenário, j. 07.06.2017, noticiado no *Informativo* 868.



## 46.10.2. Prescrição superveniente, intercorrente ou subsequente

### 46.10.2.1. Conceito

É a modalidade de prescrição da pretensão punitiva (não há trânsito em julgado para ambas as partes) que se verifica entre a publicação da sentença condenatória recorrível<sup>43</sup> e seu trânsito em julgado para a defesa.<sup>44</sup> Daí seu nome: superveniente, ou seja, posterior à sentença.

Depende do trânsito em julgado para a acusação no tocante à pena imposta, seja pela não interposição de recurso, seja pelo seu improvimento.

Portanto, é possível falar em prescrição intercorrente ainda que sem trânsito em julgado para a acusação, quando tenha recorrido o Ministério Público ou o querelante sem pleitear o aumento da pena (exemplo: modificação do regime prisional).

Além disso, admite-se também a prescrição intercorrente quando o recurso da acusação visa ao aumento da pena, mas mesmo com o seu provimento e considerando-se a pena imposta pelo Tribunal, ainda assim tenha decorrido o prazo prescricional. Exemplo: a pena do furto simples foi fixada em 1 (um) ano. O Ministério Público recorre, requerendo seja a reprimenda elevada para 2 (dois) anos. Ainda que obtenha êxito, o prazo da prescrição permanecerá inalterado em 4 (quatro) anos.

### 46.10.2.2. Cálculo

É calculada com base na pena concreta. Nos termos da Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal: "A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação".

De fato, se a sentença condenatória aplicou uma pena ao réu, e contra ela não foi interposto recurso, ou, se o foi, negou-se provimento, o Tribunal não pode agravar a situação do condenado em recurso exclusivo da defesa, como determina o art. 617 do Código de Processo Penal, ao consagrar o princípio da *non reformatio in pejus*.

Com efeito, a pena imposta na sentença é a mais grave que o réu pode suportar. Pode ser mantida, diminuída ou mesmo suprimida no julgamento de seu eventual recurso. Logo, o Estado deve fazer com que seja cumprida no prazo a ela correspondente, e não mais levando em conta a pena máxima em abstrato.

Lembre-se do raciocínio formulado no item 46.10.1.2.

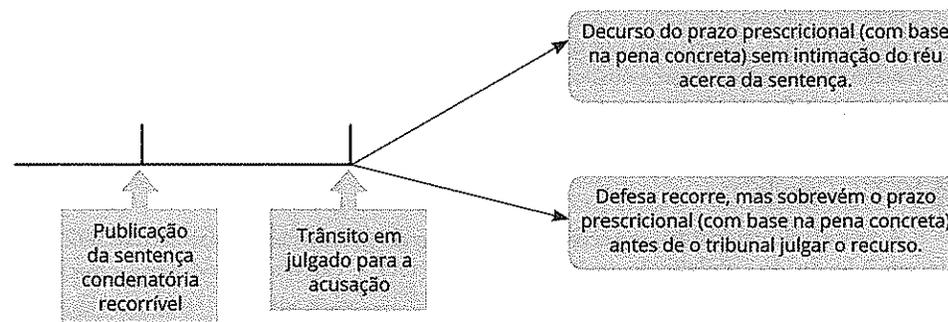
Portanto, em um crime de furto simples (CP, art. 155, *caput*), a prescrição da pretensão punitiva, calculada sobre a pena máxima, ocorre em 8 (oito) anos. Se, entretanto, foi aplicada a pena mínima, isto é, 1 (um) ano, e a sentença condenatória transitou em julgado para a acusação, a prescrição intercorrente será com base nela calculada, verificando-se em 4 (quatro) anos.

### 46.10.2.3. Termo inicial

A prescrição intercorrente começa a fluir com a publicação da sentença condenatória recorrível, embora condicionada ao trânsito em julgado para a acusação. Em suma, depende do trânsito em julgado para o Ministério Público ou para o querelante, mas, com esse pressuposto, seu prazo inicial retroage à data da publicação do decreto condenatório.

### 46.10.2.4. Motivos para sua ocorrência

A prescrição superveniente pode ocorrer por dois motivos: (1) demora em se intimar o réu da sentença, isto é, ultrapassa-se o prazo prescricional e o réu ainda não foi dela intimado (CPP, art. 392), ou (2) demora no julgamento do recurso de defesa, ou seja, o réu foi intimado, recorreu, superou-se o prazo da prescrição e o Tribunal ainda não apreciou o seu recurso.



### 46.10.2.5. Momento adequado para o seu reconhecimento

A prescrição superveniente **não pode ser decretada na própria sentença condenatória**, em face da ausência do trânsito em julgado para a acusação, ou do improvimento do seu recurso.

Depois do trânsito em julgado para a acusação, seja com o decurso *in albis* do prazo recursal, seja com o improvimento do seu recurso pelo Tribunal, há duas posições acerca do momento adequado para o seu reconhecimento:

<sup>43</sup> Engloba também o acórdão condenatório recorrível.

<sup>44</sup> STJ: AgRg no REsp 1.406.797/PR, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. 05.12.2017.

- 1) Pode ser reconhecida exclusivamente pelo Tribunal, pois o magistrado de 1.<sup>a</sup> instância, ao proferir a sentença, esgota a sua atividade jurisdicional. Essa posição, extremamente conservadora, é custosa e demorada, pois obriga o réu a recorrer somente para que seja decretada a prescrição.
- 2) Pode ser decretada em 1.<sup>o</sup> grau de jurisdição, por se tratar de matéria de ordem pública, a qual pode ser reconhecida de ofício a qualquer tempo (CPP, art. 61, *caput*). É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.<sup>45</sup>

#### 46.10.2.6. Redução da pena imposta pela sentença e pendência de recurso da acusação

Na hipótese em que a pena imposta pela sentença de 1.<sup>a</sup> instância for reduzida pelo Tribunal, a prescrição superveniente (entre a sentença e o acórdão) deve ser calculada com base na pena aplicada pela **sentença condenatória**, a teor da regra prevista no art. 110, § 1.<sup>o</sup>, do Código Penal. Esse raciocínio fica ainda mais reforçado com a eventual existência de recurso especial ou extraordinário ajuizado pela acusação contra o acórdão que diminui a reprimenda utilizada como parâmetro para o cômputo prescricional.<sup>46</sup>

### 46.10.3. Prescrição retroativa

#### 46.10.3.1. Origem

Damásio E. de Jesus informa ter ocorrido em 12 de junho de 1946, nos autos do HC 29.370, rel. Min. Castro Nunes, a pioneira manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre o que iria posteriormente se transformar na prescrição retroativa:

Se o art. 109, depois de assentar o princípio de que a prescrição da ação é a que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença final, admite uma exceção, a do parágrafo único do art. 110 [...], parece claro que a exceção se refere à prescrição do procedimento penal. 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, como se fora a pena cominada na lei.<sup>47</sup>

#### 46.10.3.2. Cálculo

A prescrição retroativa, **espécie da prescrição da pretensão punitiva** (não há trânsito em julgado da condenação para ambas as partes), é calculada pela **pena concreta**, ou seja, pela pena aplicada na sentença condenatória.<sup>48</sup> É o que se extrai do art. 110, § 1.<sup>o</sup>, do Código Penal,<sup>49</sup> e também da **Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal**: “A

prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”.

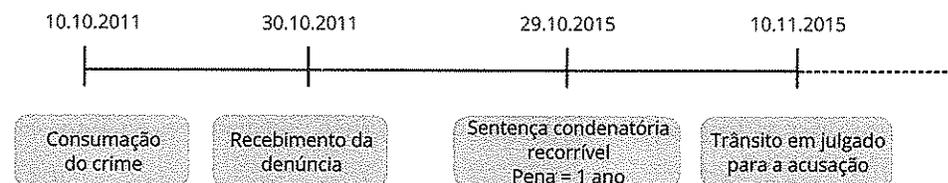
Depende, contudo, do **trânsito em julgado da sentença condenatória**<sup>50</sup> para a **acusação no tocante à pena imposta, seja pela não interposição do recurso cabível no prazo legal, seja pelo fato de ter sido improvido seu recurso.**

Se a sentença condenatória aplicou determinada pena ao réu, contra a qual não foi interposto recurso, ou, se o foi, negou-se provimento, a instância superior não pode agravar a situação do condenado em recurso exclusivo da defesa, como determina o art. 617 do Código de Processo Penal, ao consagrar o princípio da *non reformatio in pejus*.

Assim sendo, a pena concretizada na sentença é a mais grave a ser suportada pelo réu, pois pode ser mantida, diminuída ou mesmo suprimida no julgamento de seu eventual recurso. O Estado deve fazer com que a pena seja cumprida no prazo a ela correspondente, e não mais levando em conta a pena máxima em abstrato.

Recorde-se, uma vez mais, do raciocínio firmado no item 46.10.1.2.

Portanto, em um crime de furto simples (CP, art. 155, *caput*), a prescrição da pretensão punitiva, calculada sobre a pena máxima, ocorre em 8 (oito anos). Se, entretanto, foi aplicada a pena mínima (1 ano), e a sentença condenatória transitou em julgado para a acusação, a prescrição retroativa será com base nela calculada, verificando-se em 4 (quatro) anos.



**Conclusão:** não houve prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, pois não se passaram oito anos entre os períodos prescricionais. Mas, com base na pena concreta, ocorreu a prescrição retroativa entre a sentença condenatória recorrível e o recebimento da denúncia, em face do decurso de quatro anos.

**Lembre-se:** o prazo prescricional é de natureza penal. Inclui-se o dia do começo e exclui-se o dia do final. Por esse motivo, operou-se a prescrição em 29.10.2015, isto é, após quatro anos.

#### 46.10.3.3. Termo inicial

A prescrição retroativa começa a correr a partir da publicação da sentença ou acórdão condenatório, desde que, é evidente, haja transitado em julgado para a acusação ou ao seu recurso tenha sido negado provimento.

Justifica-se seu nome, “**retroativa**”, pelo fato de ser contada da sentença ou acórdão condenatórios para trás. Desta forma, no campo dos crimes em geral, a prescrição retroativa pode ocorrer entre a publicação da sentença ou acórdão condenatórios e o recebimento da denúncia ou queixa.

<sup>50</sup> Por sentença condenatória compreenda-se também o “acórdão condenatório”.

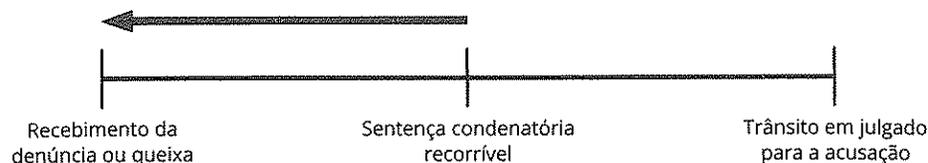
<sup>45</sup> HC 162.084/MG, rel. Min. Og Fernandes, 6.<sup>a</sup> Turma, j. 10.08.2010, noticiado no *Informativo* 442.

<sup>46</sup> STJ: HC 53.351/RJ, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.<sup>a</sup> Turma, j. 24.04.2007, noticiado no *Informativo* 318.

<sup>47</sup> JESUS, Damásio E. de. *Prescrição penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 130.

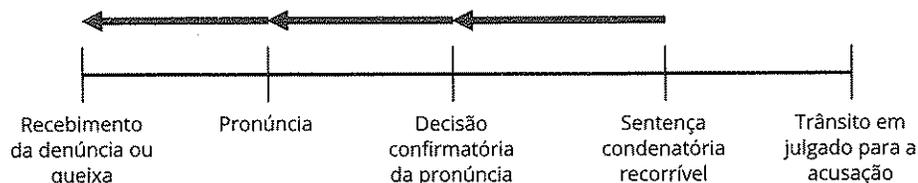
<sup>48</sup> STF: HC 91.959/TO, rel. Min. Eros Grau, 2.<sup>a</sup> Turma, j. 09.10.2007.

<sup>49</sup> A falha do legislador na elaboração da Lei 12.234/2010 criou uma situação teratológica, e lamentável, demonstrando profunda falta de técnica, ao instituir um § 1.<sup>o</sup> no art. 110 do Código Penal, sem existir o correspondente § 2.<sup>o</sup> (existia, mas foi revogado). Curiosamente, temos um § 1.<sup>o</sup> que, na verdade, se trata de parágrafo único.



Já nos crimes de competência do Tribunal do Júri, a prescrição retroativa pode se verificar:

- entre a publicação da sentença ou acórdão condenatório<sup>51</sup> e a decisão confirmatória da pronúncia;
- entre a decisão confirmatória da pronúncia e a pronúncia;
- entre a pronúncia e o recebimento da denúncia ou queixa.



A Lei 12.234/2010, responsável pela atual redação do art. 110 do Código Penal, promoveu diversas modificações no âmbito da prescrição, notadamente na seara da prescrição retroativa.

Sua finalidade precípua, a teor do seu art. 1.º, consistia na **eliminação da prescrição retroativa**. Aliás, esta espécie de prescrição é criação genuinamente brasileira, introduzida em nosso Direito Penal na década de 1960 por diversos julgados que culminaram na edição da Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal, e posteriormente sacramentada no revogado § 2.º do art. 110 do Código Penal, nos moldes da redação conferida pela Reforma da Parte Geral do Código Penal pela Lei 7.209/1984.<sup>52</sup>

Entretanto, seja por ausência de técnica legislativa, seja por manobra de bastidores,<sup>53</sup> não se operou a total eliminação da prescrição retroativa, como pretendia o art.

1.º da Lei 12.234/2010. De fato, o art. 110, § 1.º (e único!), do Código Penal passou a apresentar a seguinte redação:

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

Nota-se facilmente a sobrevivência da prescrição retroativa na fase processual, ou seja, após o oferecimento da denúncia ou queixa. Mas não se pode reconhecer a prescrição retroativa na fase investigatória, isto é, no período compreendido entre a data do fato e o oferecimento da inicial acusatória. Em síntese, a Lei 12.234/2010 promoveu a **extinção parcial** da prescrição retroativa.<sup>54</sup> Mas qual foi o fundamento desta opção legislativa?

A investigação criminal, desacompanhada de acusação formal e de cunho extraprocessual (não é processo, e sim procedimento), comporta dilação temporal mais ampla, orientada somente pelo máximo da pena privativa de liberdade em abstrato. Com efeito, não há falar em imprescritibilidade penal no período anterior ao recebimento da denúncia ou queixa, pois continua a incidir, normalmente, a prescrição da pretensão punitiva propriamente dita (prescrição da ação) como castigo à inércia estatal. Por essa razão, não há espaço para a prescrição retroativa na fase investigatória.

De seu turno, com o oferecimento da denúncia ou queixa, tem início a ação penal, impondo-se um ônus ao imputado em face da acusação formal contra ele endereçada. A lentidão em seu trâmite ofende um direito fundamental, consistente na razoável duração do processo (CF, art. 5.º, LXXVIII), e é sancionada com a prescrição retroativa.

A nova redação do § 1.º do art. 110 do Código Penal poderia ter sido mais precisa. Com efeito, ao invés de falar em “data anterior ao **recebimento** da denúncia ou queixa”, como fez o art. 117, I, do Código Penal, falou em “data anterior à denúncia ou queixa”, o que autoriza a conclusão no sentido de referir-se ao **oferecimento**, ou seja, ao ajuizamento da denúncia ou queixa.

Portanto, existem duas datas importantes relacionadas à prescrição: (a) a do **oferecimento** da denúncia ou queixa, destinada a impedir a prescrição retroativa em data anterior a esse fato (CP, art. 110, § 1.º, *in fine*); e (b) a do **recebimento** da denúncia ou queixa, voltada à interrupção do prazo prescricional (CP, art. 117, I).

#### 46.10.3.4. Momento adequado para o seu reconhecimento

A prescrição retroativa **jamais pode ser reconhecida na própria sentença condenatória**, em face da ausência de um pressuposto fundamental: o trânsito em julgado para a acusação ou o improvimento do seu recurso.

Depois do trânsito em julgado para a acusação, seja com o decurso *in albis* do prazo recursal, seja com o improvimento do seu recurso pelo Tribunal, há duas posições acerca do momento adequado para a decretação da prescrição retroativa:

<sup>54</sup> “É constitucional o art. 110, § 1.º do CP (§ 1.º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa), na redação dada pela Lei 12.234/2010” (STF: HC 122.694/SP, rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, j. 10.12.2014, noticiado no *Informativo* 771).

<sup>51</sup> E aí, em regra, não se admite o acórdão condenatório, em homenagem à soberania dos veredictos constitucionalmente consagrada. Quando a sentença proferida no Tribunal do Júri é absolutória, o acórdão não pode condenar. Deve determinar a realização de novo julgamento, quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos. Há uma única exceção: o Conselho de Sentença condena o réu, mas o juiz presidente, ao lavrar a sentença, diverge das respostas dos jurados. O Tribunal faz, em sede recursal, a devida retificação, condenando o acusado (CPP, art. 593, III, b, e § 1.º). Tem-se um caso de acórdão condenatório recorrível, causa de interrupção da prescrição da pretensão punitiva, no procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri.

<sup>52</sup> Nesse ponto, cumpre recordar que o antigo § 2.º do art. 110 do Código Penal foi um sórdido expediente de “fantasmas” que existem, e sempre existiram, no Congresso Nacional, pois seu texto original, aprovado mas misteriosamente alterado, era o seguinte: “a prescrição, de que trata o parágrafo anterior, não pode ter como termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou queixa”.

<sup>53</sup> A comunidade jurídica aguardava a aprovação integral do Projeto de Lei 1.383/2009, de autoria do Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia, o qual eliminava definitivamente a prescrição retroativa e, consequentemente, a prescrição virtual, tanto na fase investigatória como na fase judicial. Mas, de última hora e para surpresa geral, a redação foi modificada, extinguindo-se tão somente a prescrição retroativa (e indiretamente a virtual) na etapa investigativa.

**1.ª posição:** Pode ser reconhecida exclusivamente pelo Tribunal, pois o magistrado de 1.ª instância, ao proferir a sentença, exaure sua função jurisdicional. Essa posição, extremamente conservadora, é custosa e demorada, pois obriga o réu a recorrer somente para que seja decretada a prescrição.

**2.ª posição:** Pode ser decretada em 1.º grau de jurisdição, pelo juízo sentenciante ou pelo juízo da execução, por se tratar de matéria de ordem pública, a qual pode ser reconhecida de ofício a qualquer tempo (CPP, art. 61, *caput*). É a posição consagrada no Superior Tribunal de Justiça.<sup>55</sup>

#### 46.10.4. Prescrição da pretensão executória ou prescrição da condenação

##### 46.10.4.1. Conceito

É a **perda**, em razão da omissão do Estado durante determinado prazo legalmente previsto, **do direito e do dever de executar uma sanção penal** definitivamente aplicada pelo Poder Judiciário.

##### 46.10.4.2. Forma de contagem

A prescrição da pretensão executória da pena privativa de liberdade é calculada com base na **pena concreta**, fixada na sentença ou no acórdão, pois já existe trânsito em julgado da condenação para a acusação e para a defesa. É o que consta da **Súmula 604 do Supremo Tribunal Federal**: “A prescrição pela pena em concreto é somente da pretensão executória da pena privativa de liberdade”.

Em consonância com o raciocínio esposado no item 46.10.1.2, o Estado não tem mais a expectativa de aplicação da pena máxima (em abstrato), pois o seu limite para execução é o da pena definitiva. Deve, portanto, exercer o direito de punir dentro do prazo correlato à pena concreta, pois depois não mais poderá fazê-lo.

Na hipótese de **reincidência**, devidamente reconhecida na sentença ou no acórdão, **o prazo prescricional aumenta-se de um terço** (CP, art. 110, *caput*). Esse aumento é aplicável exclusivamente à prescrição da pretensão executória. A propósito, estabelece a **Súmula 220 do Superior Tribunal de Justiça**: “A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva”.

E, na forma do art. 113 do Código Penal: “No caso de **evadir-se o condenado** ou de **revogar-se o livramento condicional**, a prescrição é regulada pelo tempo que **resta da pena**”.

Esse dispositivo consagra o princípio penal segundo o qual “pena cumprida é pena extinta”<sup>56</sup> Com efeito, se o condenado já cumpriu parte do débito correspondente à infração penal por ele cometida, o Estado não tem mais o poder de executá-la. Por conseguinte, esse período não pode ser computado no cálculo prescricional.

##### 46.10.4.3. Termo inicial

Estatui o art. 112 do Código Penal:

**Art. 112.** No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:

- I – do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;
- II – do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

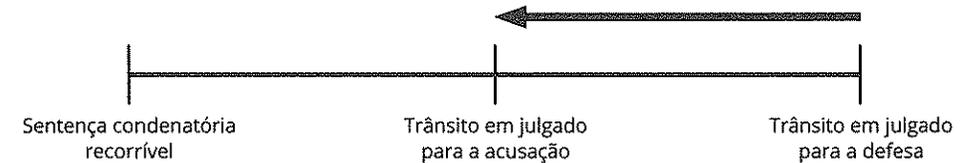
Esse dispositivo consagra três critérios, dois no inciso I, e outro no inciso II. Vejamos.

#### 1.º critério: Do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação.

Essa regra se afigura contraditória, mas é extremamente favorável ao réu.

De fato, a prescrição da pretensão executória depende do trânsito em julgado para ambas as partes, mas, a partir do momento em que isso ocorre, seu termo inicial retroage ao trânsito em julgado para a acusação. É o que se infere do art. 112, I, 1.ª parte, do Código Penal. Para o Superior Tribunal de Justiça:

A possibilidade de ocorrência da prescrição da pretensão executória surge somente com o trânsito em julgado da condenação para ambas as partes. Isso porque o título penal executório surge a partir da sentença condenatória definitiva, isto é, com o trânsito em julgado para acusação e defesa, quando também surgirá a possibilidade de ocorrência da prescrição executória. Antes do trânsito em julgado para ambas as partes, eventual prescrição será da pretensão punitiva. Todavia, esse entendimento não altera o termo inicial da contagem do lapso prescricional, o qual começa da data em que a condenação transitou em julgado para a acusação, conforme dispõe expressamente o art. 112, I, do CP.<sup>57</sup>



A opção do legislador foi infeliz. Para ilustrar nosso raciocínio, pensemos em um exemplo. Após o regular trâmite da ação penal, a sentença condenatória aplica a pena de um ano de reclusão. A acusação não apela, daí sobrevindo para ela o trânsito em julgado da condenação. A defesa, contudo, interpõe recurso de apelação, o qual demora três anos para ser julgado. Diante do seu caráter meramente protelatório, o Tribunal nega provimento ao recurso, e a sentença condenatória transita em julgado para a defesa. A partir desse momento, é viável o reconhecimento da prescrição da pretensão executória. Como seu início retroage à data do trânsito em julgado para a acusação, estará faltando somente um ano para a extinção da punibilidade, uma vez que já se passaram 3 anos desde tal data.

<sup>57</sup> HC 254.080/SC, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5.ª Turma, j. 15.10.2013, noticiado no *Informativo* 532. E mais: “O termo inicial da prescrição da pretensão executória é a data do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, ainda que pendente de apreciação recurso interposto pela defesa que, em face do princípio da presunção de inocência, impeça a execução da pena” (STJ: HC 254.080/SC, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5.ª Turma, j. 15.10.2013, noticiado no *Informativo* 532).

<sup>55</sup> HC 162.084/MG, rel. Min. Og Fernandes, 6.ª Turma, j. 10.08.2010, noticiado no *Informativo* 442.

<sup>56</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 262.

É fácil notar, portanto, que o legislador criou um sistema destinado a favorecer o acusado, inclusive com o estímulo à impunidade. De fato, não há coerência em condicionar a prescrição da pretensão executória ao trânsito em julgado para ambas as partes do processo penal e, com o seu advento, retroagir o termo inicial à data do trânsito em julgado para a acusação. Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal:

O entendimento defensivo de que a prescrição da pretensão executória se inicia com o trânsito em julgado para a acusação viola o direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição, que pressupõe a existência de uma tutela jurisdicional efetiva, ou melhor, uma justiça efetiva. A verificação, em concreto, de manobras procrastinatórias, como sucessiva oposição de embargos de declaração e a renúncia do recorrente ao cargo de prefeito que ocupava, apenas reforça a ideia de que é absolutamente desarrazoada a tese de que o início da contagem do prazo prescricional deve se dar a partir do trânsito em julgado para a acusação. Em verdade, tal entendimento apenas fomenta a interposição de recursos com fim meramente procrastinatório, frustrando a efetividade da jurisdição penal.<sup>58</sup>

Em que pese nosso inconformismo, amparado inclusive em julgado do Supremo Tribunal Federal, é preciso reconhecer que o criticado termo inicial da prescrição da pretensão executória, favorável ao réu, somente poderá ser alterado pelo legislador, sob pena de caracterização da analogia *in malam partem*, em face do teor do art. 112, I, 1ª parte, do Código Penal.

### 2.º critério: Do dia da revogação da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional.

Com a revogação do *sursis* ou do livramento condicional, o juiz determina a prisão do condenado. A partir de então, o Estado tem um prazo, legalmente previsto, para executar a pena imposta (CP, art. 112, I, *in fine*).

Recorde-se que, com a revogação do *sursis*, o condenado deverá cumprir integralmente a pena que lhe foi aplicada, e com base nela será calculada a prescrição da pretensão executória.

Já em relação ao livramento condicional, a revogação pode considerar ou não o tempo em que esteve solto o condenado (CP, art. 88). É com amparo na pena, total ou em seu restante, que deverá ser aferida a prescrição da pretensão executória.

### 3.º critério: Do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

Esse critério, previsto no art. 112, II, do Código Penal, abrange as seguintes situações:

- a) Fuga do condenado, no regime fechado ou semiaberto, abandono do regime aberto, ou descumprimento das penas restritivas de direitos: a prescrição começa a correr a partir da data da evasão, do abandono ou do descumprimento, calculando-se em conformidade com o restante da pena. Lembre-se: pena cumprida é pena extinta.
- b) Superveniência de doença mental: disciplinada pelo art. 41 do Código Penal. Interrompe-se a execução, mas esse período de interrupção é computado como

cumprimento da pena, pois o condenado foi acometido de doença mental, necessitando de transferência para hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou, à falta, a outro estabelecimento adequado.

#### 46.10.4.4. Causas interruptivas

As causas de interrupção da prescrição da pretensão executória estão previstas no art. 117, V e VI, do Código Penal:

**Art. 117.** O curso da prescrição interrompe-se:

[...]

V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI – pela reincidência.

Existem, pois, três causas interruptivas da prescrição da pretensão executória. Passemos à análise.

#### 1.ª causa: Início do cumprimento da pena

Com a condenação, ordena-se o início do cumprimento da pena, e, quando isso efetivamente ocorre, interrompe-se a prescrição da pretensão executória.

#### 2.ª causa: Continuação do cumprimento da pena

O cumprimento da pena foi interrompido, normalmente pela fuga, ou ainda por outro motivo que possa se apresentar. Quando o condenado é recapturado, interrompe-se novamente o prazo prescricional.

#### 3.ª causa: Reincidência

Nesse ponto, é importante adotar redobrada cautela: a reincidência antecedente, ou seja, aquela que já existia por ocasião da condenação, aumenta em 1/3 o prazo da prescrição da pretensão executória, enquanto a reincidência **subsequente**, posterior à condenação transitada em julgado, interrompe o prazo prescricional já iniciado.

Opera-se a interrupção com a **prática do crime**, embora condicionada ao trânsito em julgado da condenação. Consoante o ensinamento de Antonio Rodrigues Porto:

O réu será considerado reincidente quando passar em julgado a condenação pelo segundo crime; mas o momento da interrupção da prescrição, relativamente à condenação anterior, é o dia da prática do novo crime, e não a data da respectiva sentença. A eficácia desta retroage, para esse efeito, à data em que se verificou o segundo delito.<sup>59</sup>

Destarte, se for absolvido pelo crime posterior, não será interrompida a prescrição da pretensão executória.

Existe, contudo, posição em sentido contrário: como decorrência do princípio da presunção de não culpabilidade (CF, art. 5.º, LVII), a interrupção deve ocorrer somente a partir do trânsito em julgado da condenação pelo segundo crime.

<sup>58</sup> RE 696.533/SC, rel. originário Min. Luiz Fux, red. do acórdão Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, j. 06.02.2018.

<sup>59</sup> PORTO, Antonio Rodrigues. *Da prescrição penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 89.

#### 46.10.4.5. Incomunicabilidade das causas interruptivas da prescrição da pretensão executória

O art. 117, § 1.º, 1.ª parte, do Código Penal impõe expressamente a incomunicabilidade das causas interruptivas da prescrição da pretensão executória: **“Exceções aos casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime”**.

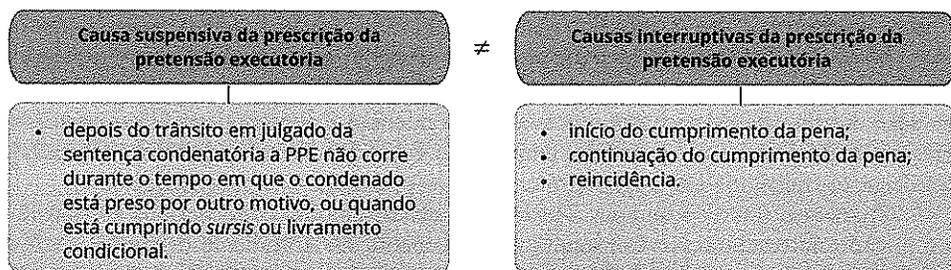
Fundamenta-se essa opção na natureza personalíssima dessas causas interruptivas, intransmissíveis aos coautores e partícipes da infração penal. De fato, alguém iniciou o cumprimento da pena, ou continuou a cumpri-la, ou é reincidente, e tais situações não são comunicáveis a qualquer outra pessoa.

#### 46.10.4.6. Causa impeditiva da prescrição da pretensão executória

Dispõe o art. 116, parágrafo único, do Código Penal: **“Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo”**.

Se o Estado ainda não pode exigir do condenado o cumprimento da pena, porque ele está preso por outro motivo, não seria correto nem justo impossibilitá-lo de exercer, no futuro, seu direito de punir. Sua omissão não é voluntária, mas compulsória.<sup>60</sup>

E, em consonância com a orientação do Supremo Tribunal Federal, embora o Código Penal não considere, de forma explícita, a suspensão condicional da pena (*sursis*) e o livramento condicional como causas impeditivas da prescrição da pretensão executória, esse efeito deflui da lógica do sistema vigente.<sup>61</sup>



#### 46.10.4.7. Prescrição da pretensão executória e indulto

Quando o indulto não funciona como causa extintiva da punibilidade, limitando-se somente a diminuir a pena (comutação da pena), irradia efeitos sobre o cálculo da prescrição da pretensão executória, que agora deve respeitar a nova sanção penal.<sup>62</sup>

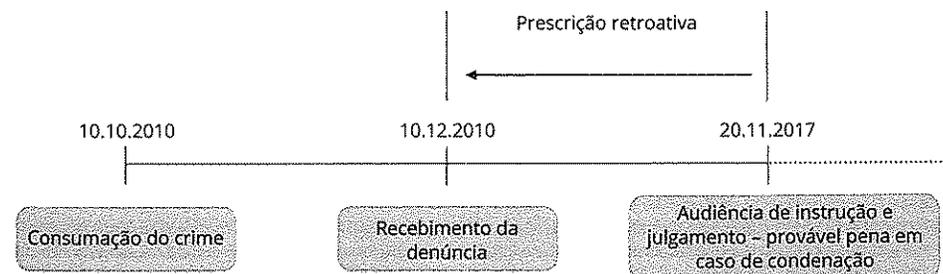
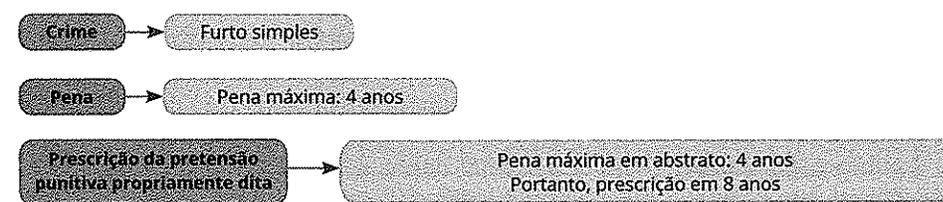
#### 46.10.5. Prescrição virtual, projetada, antecipada, prognostical ou retroativa em perspectiva

Trata-se de **construção doutrinária e jurisprudencial**. Decreta-se a extinção da punibilidade com fundamento na perspectiva de que, mesmo na hipótese de eventual condenação, inevitavelmente ocorrerá a prescrição retroativa.

Vejamus um exemplo: “A” pratica um crime de furto simples (CP, art. 155, *caput*), no dia 10 de outubro de 2008. A vítima comparece à Delegacia de Polícia, levando a *notitia criminis*, que resulta na instauração de inquérito policial para apuração do fato. O procedimento investigatório é relatado e encaminhado ao Fórum. O Ministério Público oferece denúncia, que vem a ser recebida em 10 de dezembro de 2008. O trâmite processual, entretanto, é extremamente lento, e a audiência de instrução e julgamento é designada para a data de 20 de novembro de 2015. Nos debates em audiência, o membro do *Parquet*, analisando a folha de antecedentes do réu, verifica tratar-se de pessoa primária e sem antecedentes criminais, sendo-lhe favoráveis as circunstâncias judiciais (ou inominadas) elencadas no art. 59, *caput*, do Código Penal.

Na hipótese narrada, não se operou a prescrição da pretensão punitiva propriamente dita (prescrição da ação), pois a pena máxima em abstrato do crime de furto simples é de 4 (quatro) anos, e entre a data do recebimento da denúncia e a provável publicação da sentença condenatória recorrível ainda não se passaram 8 (oito) anos. Desse modo, o magistrado não teria razões legais para declarar a extinção da punibilidade em face da prescrição (CP, art. 107, IV, 1.ª figura).

Todavia, o Promotor de Justiça faz o seguinte raciocínio: é razoável prosseguir na ação penal, ciente de que somente se evitará a prescrição retroativa com a aplicação da pena privativa de liberdade em seu patamar máximo, quando a situação real (diminuta gravidade do crime e circunstâncias judiciais favoráveis do agente) indica caminho contrário?



<sup>60</sup> STF: RHC 105.504/MS, rel. Min. Dias Toffoli, 1.ª Turma, j. 13.12.2011, noticiado no *Informativo* 652.

<sup>61</sup> HC 91.562/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2.ª Turma, j. 09.10.2007. E também: “Durante a suspensão condicional da pena, não corre prazo prescricional (CP, art. 77 c/c o art. 112)” (STF: Ext 1254/Romênia, 2.ª Turma, rel. Min. Teori Zavascki, 2.ª Turma, j. 29.04.2014, noticiado no *Informativo* 744).

<sup>62</sup> STF: Ext. 689-4, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 19.12.1997.

De fato, somente a pena máxima seria apta a impedir a ocorrência da prescrição retroativa (entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória recorrível), e o caso concreto apresenta motivos suficientes para fazer acreditar que a reprimenda, se condenado o réu, dificilmente ultrapassaria o limite mínimo legalmente previsto.

Relevante parcela da doutrina é favorável à adoção prática dessa espécie de prescrição, por dois motivos: **ausência de interesse de agir e economia processual**.

Não existiria utilidade na ação penal, pois irremediavelmente ocorreria a prescrição retroativa, tornando inócuo o seu emprego. Ademais, seria despropositado gastar tempo dos operadores da Justiça, e, principalmente, dinheiro público, com um processo penal fadado a ter reconhecida a extinção da punibilidade.

Advirta-se, contudo, que mesmo para os que aceitam essa construção científica é necessário agir com bom-senso. O réu não tem, antecipadamente, o direito de receber a pena mínima. Portanto, é equivocado desejar a incidência da prescrição antecipada quando, com a pena rasa, estaria extinta a punibilidade. Em verdade, só há falar nessa espécie de prescrição quando, exclusivamente, a pena máxima, ou algo dela muito próximo, seria capaz de evitar a extinção da punibilidade.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, não admite essa espécie fictícia de prescrição: “Não se admite a denominada prescrição em perspectiva, haja vista a inexistência de previsão legal do instituto”.<sup>63</sup> Sustenta ainda ser precoce reconhecer a prescrição da pretensão punitiva com suporte na presunção de futura e incerta pena, uma vez que no curso da instrução criminal poderiam ser provadas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, sem prejuízo da descoberta de novos fatos que poderiam inclusive alterar a tipicidade do fato.<sup>64</sup>

Na mesma direção, o **Superior Tribunal de Justiça** editou a **Súmula 438**: “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

Vale destacar que a modificação do § 1.º do art. 110 do Código Penal pela Lei 12.234/2010, efetuada com a finalidade de impedir a prescrição retroativa em período anterior à denúncia ou queixa, tornou extremamente difícil a ocorrência prática da prescrição virtual. Como se sabe, a prescrição antecipada normalmente se verificava na fase investigatória, ou seja, entre o fato criminoso e a provável data do recebimento da denúncia ou queixa.

Subsiste, entretanto, a possibilidade de reconhecimento da prescrição retroativa na fase judicial, isto é, entre a publicação da sentença condenatória recorrível e o recebimento da denúncia ou queixa. Para os adeptos da prescrição virtual, esta brecha abre ensejo para sua constatação durante o desenrolar da ação penal.

Nos crimes de competência do Tribunal do Júri, para os defensores deste instituto, também seria possível a prescrição antecipada em três momentos distintos: (a) entre a publicação da sentença condenatória recorrível e a decisão confirmatória da pronúncia; (b) entre a decisão confirmatória da pronúncia e a pronúncia; e (c) entre a pronúncia e o recebimento da denúncia ou queixa.

#### 46.11. PRESCRIÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Dispõe o parágrafo único do art. 109 do Código Penal: “Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade”.

As penas restritivas de direitos, por serem **substitutivas** das privativas de liberdade (não têm previsão independente nos preceitos secundários dos tipos penais), seguem os mesmos prazos das penas substituídas.

No tocante à **prescrição da pretensão executória** de pena restritiva de direitos descumprida pelo condenado, o prazo é calculado de acordo com o tempo faltante da pena alternativa aplicada em substituição à pena privativa de liberdade. Em sintonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

No caso de abandono pelo sentenciado do cumprimento da pena restritiva de direitos – prestação de serviços à comunidade –, a prescrição da pretensão executória será regulada pelo tempo restante do cumprimento da medida substitutiva imposta. Com base nesse entendimento, a Turma concedeu a ordem para declarar extinta a punibilidade do paciente pela ocorrência da prescrição executória da pena. Ao conferir interpretação extensiva ao art. 113 do CP, decidiu-se que o abandono no cumprimento da pena restritiva de direitos pode ser equiparado às hipóteses de “evasão” e da “revogação do livramento condicional” previstas no referido artigo, uma vez que as situações se assemelham na medida em que há, em todos os casos, sentença condenatória e o cumprimento de parte da pena pelo sentenciado.<sup>65</sup>

#### 46.12. PRESCRIÇÃO E DETRAÇÃO PENAL

Discute-se se a detração penal (CP, art. 42) – consistente no desconto, na pena privativa de liberdade, do tempo de prisão provisória já cumprida pelo condenado – influencia ou não no cálculo da prescrição.

Para quem admite essa possibilidade, fundada na aplicação analógica do art. 113 do Código Penal, a prescrição deveria ser computada com base no restante da pena, ou seja, somente com o tempo ainda não cumprido pelo sentenciado. Exemplo: “A” foi condenado a seis anos. Provisoriamente (antes do trânsito em julgado), contudo, ficou preso por três anos. A prescrição, seguindo esse raciocínio, deveria ser calculada sobre a pena faltante, isto é, três anos, e não sobre a pena total.

O Supremo Tribunal Federal, inspirado no princípio da estrita legalidade, de observância cogente em matéria penal, tem posição diversa:

O art. 113 do Código Penal tem aplicação vinculada às hipóteses de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional, não se referindo ao tempo de prisão cautelar para efeito do cálculo da prescrição (CP: “Art. 113 – No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena”).<sup>66</sup>

<sup>63</sup> Inq 3.574 AgR/MT, rel. Min. Marco Aurélio, 1.ª Turma, j. 02.6.2015, noticiado no *Informativo* 788.

<sup>64</sup> Inq. 2.584 ED-ED/SP, rel. Min. Ayres Britto, Plenário, j. 01.03.2012, noticiado no *Informativo* 656. Em nossa opinião, o principal óbice à aceitação da prescrição virtual repousa justamente na possibilidade de aditamento da denúncia (*mutatio libelli*), ao final da instrução probatória, para reconhecimento de crime mais grave (exemplo: de furto para roubo), nos moldes do art. 384, *caput*, do Código de Processo Penal.

Em síntese, o cálculo da prescrição deve observar a pena aplicada, a pena concretizada no título executivo judicial, sem diminuir-se o período em que o réu esteve, provisoriamente, sob a custódia do Estado (detração penal).

#### 46.13. PRESCRIÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

As medidas de segurança, qualquer que seja sua espécie, podem ser aplicadas aos imputáveis (CP, art. 26, *caput*) ou aos semi-imputáveis (CP, art. 26, parágrafo único), quando comprovada a periculosidade e o condenado necessitar de especial tratamento curativo. Submetem-se, em qualquer hipótese, ao instituto da prescrição.<sup>67</sup>

No tocante aos **semi-imputáveis**, a prescrição segue a sistemática inerente às penas privativas de liberdade, uma vez que leva em conta a pena diminuída aplicada com a condenação e depois substituída por medida de segurança (CP, art. 98). Existe uma sentença condenatória concreta apta a servir de parâmetro para o cálculo do prazo prescricional.

A questão é diversa, porém, em relação aos **inimputáveis**. Destacam-se duas posições acerca do tema:

**1.ª posição:** É possível somente a prescrição da pretensão punitiva, com base na pena máxima em abstrato, e jamais a prescrição da pretensão executória, porque esta última exige a imposição de pena concreta, o que não se dá na medida de segurança aplicada ao inimputável. Depois de atribuída a medida de segurança, se o inimputável não for encontrado imediatamente (pela fuga ou qualquer outra causa), mas só depois de superado seu prazo mínimo, o correto é analisar se subsiste ou não a periculosidade do agente que legitimou a sanção penal. Em caso positivo, deve ser executada. Em caso negativo, declara-se sua extinção.

**2.ª posição:** Podem ocorrer ambas as espécies de prescrição: da pretensão punitiva e da pretensão executória, calculando-se as duas em conformidade com a pena máxima em abstrato.<sup>68</sup> É o entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal<sup>69</sup> e também no Superior Tribunal de Justiça:

“A prescrição da medida de segurança imposta em sentença absolutória imprópria é regulada pela pena máxima abstratamente prevista para o delito. O CP não cuida expressamente da prescrição de medida de segurança, mas essa é considerada uma espécie do gênero sanção penal. Assim considerada, sujeita-se às regras previstas no CP relativas aos prazos prescricionais e às diversas causas interruptivas da prescrição. O STF já se manifestou nesse sentido ao entender que incide o instituto da prescrição na medida de segurança, estipulando que “é espécie do gênero sanção penal e se sujeita, por isso mesmo, à regra contida no artigo 109 do Código Penal” (RHC 86.888-SP, 1.ª Turma, DJ de 2.12.2005). Esta Corte Superior, por sua vez, já enfrentou a questão, também considerando a medida de segurança como espécie de sanção penal e, portanto, igualmente sujeita à prescrição e suas regras, assentando, ainda, que o lapso temporal necessário à verificação da referida

causa de extinção da punibilidade deve ser encontrado tendo como referência a pena máxima abstratamente prevista para o delito.”<sup>70</sup>

#### 46.14. PRESCRIÇÃO E ABSORÇÃO DE PENAS

O art. 118 do Código Penal estabelece, expressamente, que “as penas mais leves prescrevem com as mais graves”.

A comparação de gravidade é a seguinte: a pena privativa de liberdade é a mais grave, enquanto mais leves são as restritivas de direitos e a multa. Como sustentam Zaffaroni e Pierangeli:

Razões doutrinárias, e muito especialmente de política criminal, determinaram a solução legal. Aliás, seria incompreensível que o Estado, em razão do tempo, se conformasse com a não execução de uma pena de maior intensidade e determinasse a continuação da prescrição de penas mais leves.<sup>71</sup>

O dispositivo é absolutamente dispensável para as penas restritivas de direitos, as quais, por serem substitutivas, necessariamente prescrevem no mesmo prazo das penas privativas de liberdade substituídas. Aliás, isso já consta do art. 109, parágrafo único, do Código Penal.

Cumprir frisar, no entanto, que na hipótese de serem aplicadas, simultaneamente, uma pena privativa de liberdade e outra restritiva de direitos, como admitem diversos crimes tipificados pelo Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/1997, arts. 302 a 304 e 306 a 308), com a prescrição daquela a esta não se reservará melhor sorte.

No campo da pena de multa, o art. 114, II, do Código Penal previu regra específica, mas com o mesmo propósito da ora em análise.

Deve ser destacado, porém, que esse critério não tem incidência na seara do **concurso de crimes**, em que a pena de cada delito prescreve isoladamente (CP, art. 119).

#### 46.15. PRESCRIÇÃO NO CONCURSO DE CRIMES

Conforme emana do art. 119 do Código Penal: “No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente”. Esse dispositivo é aplicável ao concurso material, ao concurso formal e ao crime continuado.<sup>72</sup>

Em relação ao **concurso material**, caracterizado quando o agente, mediante duas ou mais condutas, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, o art. 69, *caput*, do Código Penal acolheu o **sistema do cúmulo material**, é dizer, somam-se as penas de todos os crimes.

<sup>70</sup> EREsp 39.920/RJ, rel. Min. Jorge Mussi, 5.ª Turma, j. 06.02.2014, noticiado no *Informativo* 535. E ainda: RHC 33.638/RJ, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, j. 05.08.2014; e RHC 30.915/SP, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6.ª Turma, j. 18.06.2014.

<sup>71</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 1, p. 652.

<sup>72</sup> “O artigo 109 do Código Penal disciplina que o prazo prescricional, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, regula-se pelo máximo da pena cominada ao crime. No cálculo, cada crime é considerado isoladamente, não se considerando o acréscimo decorrente do concurso formal, material ou da continuidade delitiva, a teor do disposto no artigo 119 do Código Penal” (STJ: AgRg no REsp 1.341.671/MG, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6.ª Turma, j. 03.06.2014).

do prazo prescricional, o qual será analisado a partir da pena definitiva aplicada, não sendo cabível a detração para fins prescricionais” (HC 216.876/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, j. 17.12.2013).

<sup>67</sup> STF: HC 97.621/RS, rel. Min. Cezar Peluso, 2.ª Turma, j. 02.06.2009, noticiado no *Informativo* 549.

<sup>68</sup> Nessa linha de raciocínio: FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: RT, 2001. p. 200-207.

<sup>69</sup> STF: RHC 86.888/SP, rel. Min. Eros Grau, 1.ª Turma, j. 08.11.2005.

No que concerne à prescrição, a extinção da punibilidade deve ser analisada sobre a pena de cada um dos delitos, isoladamente, e não sobre a pena final, resultante da soma das reprimendas cabíveis a cada um dos crimes.

Exemplo: "A" pratica três crimes. É condenado a 12 anos de reclusão: 2 (dois) anos pelo primeiro delito, 4 (quatro) anos pelo segundo, e 6 (seis) anos pelo terceiro. Para análise da prescrição, desconsidera-se a pena final. O que vale é a pena de cada um dos crimes: o primeiro prescreverá em 4 (quatro) anos, o segundo em 8 (oito) anos, e o terceiro em 12 (doze) anos. Conclui-se, assim, hipoteticamente falando, que após 10 (dez) anos, com a omissão do Estado em executar a pena, restará somente a pena de 6 (anos), atinente ao terceiro crime, pois as demais já terão sido atingidas pela prescrição.

Esse raciocínio igualmente se aplica ao **concurso formal impróprio**, ou **imperfeito** (CP, art. 70, *caput*, *in fine*), pois nele as penas dos diversos crimes também devem ser somadas.

Já no que diz respeito ao **concurso formal próprio**, ou **perfeito**, e também ao **crime continuado**, adotou-se o **sistema da exasperação** (CP, arts. 70, *caput*, 1.<sup>a</sup> parte, e 71, *caput* e parágrafo único), pois o magistrado, para dosar a pena, aplica a inerente a qualquer dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada de determinado percentual.

Para o cálculo da prescrição, o juiz há de considerar somente a pena inicial, isto é, a pena derivada de um dos crimes, sem o aumento decorrente do concurso formal próprio ou da continuidade delitiva. Exemplo: "B" pratica dois crimes de furto qualificado pela destruição de obstáculo à subtração da coisa (CP, art. 155, § 4.<sup>o</sup>, I), devendo o segundo, pelas condições de tempo, local, modo de execução e outras semelhantes, ser considerado como continuação do primeiro. É condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, com um acréscimo de 4 (quatro) meses em face da exasperação de 1/6 por se tratar de crime continuado. A sua pena final é de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses. A extinção da punibilidade ocorrerá em 4 (quatro) anos, pois incide sobre a pena de 2 (dois) anos, desprezando-se o aumento decorrente da continuação.

Nessa linha de entendimento é o teor da **Súmula 497 do Supremo Tribunal Federal**: "Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação".<sup>73</sup>

A orientação da súmula também incide em relação ao concurso formal próprio ou perfeito, pela identidade de fundamento. De fato, nas duas modalidades de concurso de crimes o legislador recepcionou, para fins de aplicação da pena, o sistema da exasperação.

#### 46.16. PRESCRIÇÃO DA PENA DE MULTA

A matéria é tratada pelo art. 114 do Código Penal:

**Art. 114.** A prescrição da pena de multa ocorrerá:

I - em dois anos, quando a multa for a única cominada ou aplicada;<sup>74</sup>

II - no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada.

Convém fazer a distinção entre a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória da pena pecuniária.

##### a) Prescrição da pretensão punitiva da pena de multa

O art. 114 do Código Penal é pacificamente aplicado quando a sanção pecuniária ainda não transitou em julgado para ambas as partes.

Além disso, incidem as causas impeditivas e interruptivas versadas pelos arts. 116, I e II, e 117, I a IV, do Código Penal.

##### b) Prescrição da pretensão executória

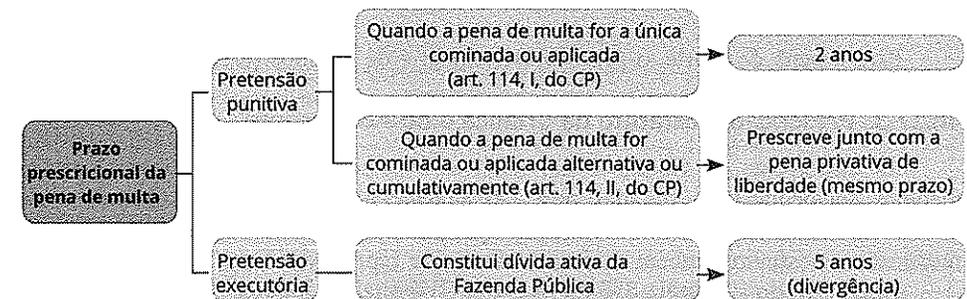
Em relação à prescrição da pretensão executória, as causas suspensivas e interruptivas são as previstas nas normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, isto é, na Lei 6.830/1980 (CP, art. 51).

A causa interruptiva mais importante é o despacho judicial que ordena a citação (Lei 6.830/1980, art. 8.<sup>o</sup>, § 2.<sup>o</sup>).

No tocante ao prazo prescricional, há duas correntes:

- 1) É de 5 (cinco) anos, pois a pena de multa, para fins da sua execução, deve ser considerada dívida de valor; e
- 2) É o mesmo prazo da pena privativa de liberdade, se aplicada conjuntamente com esta, em obediência ao art. 118 do Código Penal, pelo qual as penas mais leves prescrevem com as mais graves. E se foi a única imposta ao condenado, a pena de multa prescreve em 2 (dois) anos.

Vale ressaltar, qualquer que seja a corrente adotada, que a reincidência, embora devidamente reconhecida na sentença, não aumenta em 1/3 (um terço) o prazo da prescrição da pretensão executória da pena de multa. Como determina a **Súmula 604 do Supremo Tribunal Federal**: "A prescrição pela pena em concreto é somente da pretensão executória da pena privativa de liberdade".



#### 46.17. PRESCRIÇÃO NA LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL

Aplicam-se as regras do Código Penal a todas as leis que não possuam tratamento específico acerca da prescrição. Extrai-se essa conclusão do art. 12 do Código Penal (princípio da convivência das esferas autônomas).

<sup>73</sup> No STJ: AgRg no AREsp 221.016/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5.<sup>o</sup> Turma, j. 25.02.2014.

<sup>74</sup> Esse prazo não foi alterado pela Lei 12.234/2010, a qual estipulou o prazo prescricional mínimo de 3 anos unicamente no tocante às penas privativas de liberdade disciplinadas no Código Penal.

É o que ocorre, por exemplo, nos crimes de abuso de autoridade (Lei 13.869/2019), nos crimes contra a segurança nacional (Lei 7.170/1983), nos crimes contra a economia popular (Lei 1.521/1951), nos crimes eleitorais (Lei 4.737/1965), nas contravenções penais (Decreto-lei 3.688/1941), nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei 7.492/1986), nos crimes ambientais (Lei 9.605/1998) e nos crimes de lavagem de bens, direitos e valores (Lei 9.613/1998), entre vários outros.

#### 46.17.1. Lei de Drogas - Lei 11.343/2006

Para a conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006 - adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar -, opera-se em 2 (dois) anos tanto a prescrição da pretensão punitiva como a prescrição da pretensão executória. Nesse sentido, dispõe o art. 30 da Lei de Drogas:

**Art. 30.** Prescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas, observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do Código Penal.

Esse prazo prescricional subsiste no patamar de 2 (dois) anos. Em se tratando de **lei especial**, e, portanto, de **regra específica**, não se aplica a alteração introduzida no art. 109, VI, do Código Penal pela Lei 12.234/2010. É o que se extrai da leitura do art. 12 do Código Penal: "As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso".

Anote-se, porém, que em relação a todos os demais crimes previstos na Lei 11.343/2006, o instituto da prescrição obedece aos mandamentos do Código Penal.

#### 46.17.2. Código Penal Militar - Decreto-lei 1.001/1969

A prescrição da pretensão punitiva é regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao delito (art. 125, *caput*).

Por sua vez, a prescrição da pretensão executória é calculada pela quantidade de pena imposta, a qual será aumentada de um terço se o réu é criminoso habitual ou por tendência (art. 126).

Para a pena de morte, o prazo prescricional é de 30 anos (art. 125, I).

#### 46.17.3. Prescrição e Estatuto da Criança e do Adolescente

As disposições do Código Penal relativas à prescrição são compatíveis com as medidas socioeducativas tratadas pela Lei 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, pois tais formas de resposta estatal, a par de sua natureza preventiva e reeducativa, possuem também caráter retributivo e repressivo.

Nesse sentido a **Súmula 338 do Superior Tribunal de Justiça**: "A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas". Calcula-se a causa extintiva da punibilidade com base na pena máxima em abstrato cominada ao crime ou contravenção penal correspondente ao ato infracional, reduzida pela metade pelo fato de tratar-se de pessoa menor de 21 anos de idade.<sup>75</sup>

<sup>75</sup> STF: HC 107.200/RS, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. 28.06.2011, noticiado no *Informativo* 633; e STJ: HC 90.172/RJ, rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, j. 21.02.2008, noticiado no *Informativo* 345.

Essa posição fundamenta-se no fato de serem as normas gerais do Código Penal aplicáveis subsidiariamente em caso de omissão do Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>76</sup>

#### 46.18. FALTA GRAVE NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E PRESCRIÇÃO DE INFRAÇÃO DISCIPLINAR

Em face da ausência de norma específica na Lei 7.210/1984 - Lei de Execução Penal - sobre o tema, é constitucional, porque mais benéfico ao reeducando, o entendimento pelo qual é de 3 (três) anos o prazo prescricional para a aplicação de sanção disciplinar em razão da prática de falta grave (LEP, arts. 52 e 53). Utiliza-se, analogicamente, o disposto no art. 109, VI, do Código Penal, levando-se em conta o menor lapso previsto.<sup>77</sup>

Em caso de fuga do condenado do estabelecimento prisional, o termo inicial do prazo de prescrição é a **data da recaptura**, tomando-se de empréstimo o art. 111, III, do Código Penal: "A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência".<sup>78</sup>

<sup>76</sup> HC 88.788/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, j. 22.04.2008, noticiado no *Informativo* 503.

<sup>77</sup> "Ante a inexistência de legislação específica quanto à prescrição de infrações disciplinares de natureza grave, aplica-se, por analogia, o Código Penal. (...) A Turma sublinhou que, em razão da ausência de norma específica, aplicar-se-ia, à evasão do estabelecimento prisional (infração disciplinar de natureza grave), o prazo prescricional de dois anos, em conformidade com o artigo 109, VI, do CP" (STF: HC 92.000/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 06.05.2014, noticiado no *Informativo* 745).

<sup>78</sup> STF: HC 92.000/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, j. 13.11.2007, noticiado no *Informativo* 488.