

**UFRRJ
INSTITUTO TRÊS RIOS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MONOGRAFIA

**A PRESCRIÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
UMA DAS CAUSAS DA IMPUNIDADE**

Michel Alex Souza Teixeira

2016



UFRRJ

**UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO TRÊS RIOS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A PRESCRIÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
UMA DAS CAUSAS DA IMPUNIDADE?**

MICHEL ALEX SOUZA TEIXEIRA

Sob a Orientação do Professor

Klever Paulo Leal Filpo

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de **Bacharel em Direito**, pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, campus Três Rios.

TRÊS RIOS, RJ
Dezembro de 2016

FICHA CATALOGRÁFICA

UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO

**INSTITUTO TRÊS RIOS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MICHEL ALEX SOUZA TEIXEIRA

Trabalho de Conclusão de Curso submetido como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, no Curso de Direito.

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO APROVADO EM 30/11/2016

Prof. Klever Paulo Leal Filho (Orientador)

Prof^ª. Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza

Prof^ª. Marilha Gabriela Reverendo Garau

Ao meu Senhor e Salvador Jesus Cristo, autor
e consumidor da minha fé.

Aos meus pais, os quais me deram o exemplo
de caráter a ser seguido.

À minha esposa Giuliana pelo seu apoio e
compreensão incondicionais.

Agradecimentos

Agradeço primeiramente aos três: Pai, Filho e Espírito Santo. Não a mim, mas a Eles toda honra, glória e louvor. Só consigo expressar esse agradecimento em um versículo: Uns confiam em carros e outros em cavalos, mas nós faremos menção do nome do Senhor nosso Deus. Salmos 20:7

À minha mãe que muitas vezes abdicou de descanso e noites bem dormidas para que visse seus filhos bem criados e preparados para a vida. Devo tudo a você. Dedico essa conclusão de curso a você, pois sempre sonhou em me ver nessa universidade, chegando ao ponto de todos os dias ir caminhando até lá e profetizar que eu estudaria nela. Obrigado mãe!

Ao meu pai, meu melhor amigo, por ter me ensinado a ser uma pessoa a qual procura sempre ajudar o próximo sempre que possível, por me aconselhar e torcer por mim independente das circunstâncias. Obrigado pelas palavras de ânimo e nunca de derrota. Por sempre confiar em mim e em meu potencial e fazer me sentir sempre o melhor, independente de qual o assunto

À minha esposa que me incentivou incondicionalmente. Obrigado por me apresentar esse amor ágape, o qual transcende as dificuldades, tribulações e turbulências. Obrigado pelo companheirismo. Por ser essa pessoa que Deus colocou em minha vida para ser benção imensurável. Creio que não fosse por ti, dificilmente conseguiria chegar até onde cheguei.

Às minhas irmãs Vanessa e Priscila pelo seu amor, cuidado de mãe (Vanessa) e sabedoria de avó (Priscila). Vocês também são exemplos de mulheres para mim.

Ao meu amigo e mestre Professor Klever Filpo, pelo seu empenho e companheirismo nessa empreitada. Obrigado por ter abraçado esse trabalho como se fosse próprio e me aconselhado nas áreas que vão muito além do campo da pesquisa. Fico feliz por além de ter escolhido o melhor orientador, também ter ganho um grande amigo!

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo colocar sob discussão e analisar juridicamente, através do método dedutivo, o instituto da prescrição penal no ordenamento jurídico pátrio, relacionando-o em certos aspectos como uma das possíveis causas da impunidade. No decorrer da pesquisa, foram analisadas a natureza jurídica, o conceito dado pela doutrina pertinente a esse instituto, e as teorias que são a base para a sua aplicação. Em momento oportuno, são tecidas algumas críticas ao sistema prescricional. As críticas foram direcionadas para o sistema de prazos adotado pelo Código Penal, destacando-se que o mesmo encontra-se obsoleto e que não condiz com nosso sistema judiciário que é atravancado por processos. Críticas ainda são feitas ao art. 112, também do Código Penal, o qual vem criando um grande desequilíbrio entre acusação e defesa no processo penal.

Palavras-chave: prescrição, prescrição penal, impunidade, ordenamento jurídico brasileiro.

ABSTRACT

The following research has the objective to put under discussion and analyse, through the deductive method, the Penal Prescription in Brazil, linking it, in some parts, with impunity. Over the research, we intended to analyse the legal status, the concept gave by de doctrine about the theme, the theories related to this institute. In appropriated moment, some critics were made to the Penal Code's prescricional deadline, highlighting that it's outdated and doesn't combines with the brazilian judiciary system, that is blocked by process. Criticizes are made to the 112 article of Penal Code, it has been creating a big imbalance between acusation and defense.

Key-words: prescription, penal prescription, impunity, Brazil

Sumário

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I - NOTÍCIA HISTÓRICA SOBRE O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO NO CAMPO PENAL, ESPECIALMENTE NO DIREITO BRASILEIRO	12
1.1 Notícia histórica sobre prescrição penal.	12
1.2 A Prescrição Penal no Brasil.....	13
CAPÍTULO II - DA NATUREZA JURÍDICA DA PRESCRIÇÃO PENAL	16
2.1 Instituto de Direito Material	16
2.2 Instituto de Direito Processual Penal.....	18
2.3 Teoria Mista.....	18
CAPÍTULO III - JUSTIFICATIVAS PARA O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO	21
3.1 Teorias em Espécie	25
3.1.1 Teoria do Esquecimento.....	25
3.1.2 Teoria da Expição Moral	26
3.1.3 Teoria da Emenda	27
3.1.4 Teoria Psicológica.....	28
3.2 Conceito Geral de Prescrição Penal.....	29
CAPÍTULO IV - PRESCRIÇÃO EM ESPÉCIE	31
4.1 Prescrição da Pretensão Punitiva.....	31
4.1.1 Prescrição Retroativa.....	32
4.1.2 Prescrição Intercorrente ou Superveniente.....	35
CAPÍTULO V - CRÍTICAS EM RELAÇÃO AO SISTEMA PRESCRICIONAL BRASILEIRO E A SENSÇÃO DE IMPUNIDADE DECORRENTE DE SUAS IMPERFEIÇÕES	37
5.1 Crítica ao Sistema de Prazos Prescricionais do Código Penal Brasileiro.....	39
5.2 Demandas pela alteração do Sistema Prescricional, vistas pelo STF em manifestações recentes	45
5.3 Crítica ao Artigo 112, Inc. I do Código Penal.....	50
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56

INTRODUÇÃO

Esta monografia é resultado de pesquisa realizada no curso de graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios, como trabalho de conclusão de curso. A pesquisa teve como objetivo colocar sob discussão e analisar juridicamente, através do método dedutivo, o instituto da prescrição penal no ordenamento jurídico pátrio, relacionando-o em certos aspectos como uma das possíveis causas do sentimento de impunidade, que parece ser tão presente no país.

Buscou-se estudar a prescrição penal sob diferentes olhares, trazendo, inicialmente, os conceitos estabelecidos pela doutrina e o seu significado no ordenamento jurídico. Além disso, foram trazidas a lume as várias espécies de prescrição penal apontadas pela doutrina, quais sejam: a prescrição da pretensão punitiva e as suas subdivisões, e a prescrição da pretensão executória.

Também é nossa expectativa, com vistas a contextualizar a pesquisa, apresentar um breve marco histórico a respeito da prescrição, com o objetivo de compreender a origem da prescrição brasileira, que é nosso objeto de pesquisa. A partir daí poderemos dar seguimento a outras considerações a respeito do instituto.

Ademais, pretende-se compreender o conceito e significados do *jus puniendi* do Estado, com a citação da doutrina nessa parte. Nesse sentido, serão utilizados os ensinamentos de Beccaria, Foucault, e outros autores de relevo que contribuíram bastante tanto no estudo do *jus puniendi* do Estado, quanto acerca do instituto da prescrição.

A natureza jurídica da prescrição será também analisada, ponto esse inclusive que é fato gerador de intensas controvérsias, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Esse embate gira em torno da sua atuação, ou seja, se ela irá atuar como obstáculo processual, ou como causa de extinção do próprio direito de punir. Além disso, serão apresentadas as teorias, em espécie, que procuram explicar o fator motivador da existência da prescrição.

Um paralelo será traçado entre ordenamentos jurídicos de outros países com o brasileiro. Como exemplo, usaremos a prescrição alemã e italiana em comparação à brasileira. As diferenças são sutis, mas detalhes pequenos mudam completamente os efeitos os quais estão vinculados, e são sobre eles os quais iremos nos debruçar.

Críticas serão feitas ao atual sistema de prazos prescricionais, já que estes parecem não ser mais compatíveis com o atual momento da sociedade brasileira e do ordenamento jurídico pátrio. Na verdade, contribuem em larga escala para a sensação de impunidade, que é um dos aspectos centrais da pesquisa, motivo de nossas preocupações, e que, até mesmo, justificou nosso esforço em busca da melhor compreensão do instituto.

Em relação à impunidade, esta será relacionada à prescrição, já que esta última, quando pensada e operada de forma equivocada, ou com abusos, pode se tornar condição de existência daquela. Ou seja, aplicando-se a prescrição de modo inadequado, isso pode gerar no coletivo uma sensação de impunidade, o que, por sua vez, acaba por alimentar a delinquência. Destruindo dessa forma o que o Direito Penal procura incessantemente tutelar: a paz social.

CAPÍTULO I

NOTÍCIA HISTÓRICA SOBRE O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO NO CAMPO PENAL, ESPECIALMENTE NO DIREITO BRASILEIRO

De modo geral, no campo do direito, a prescrição significa a perda de uma pretensão, pelo decurso do tempo. No dizer de Basileu Garcia, a prescrição é “a renúncia do Estado a punir a infração, em face do decurso do tempo”¹

Assim sendo, no campo do Direito Penal a prescrição pode ser conceituada como a perda da pretensão punitiva estatal, pelo decurso de determinado lapso temporal previsto em lei, conceito este que será melhor desenvolvido neste trabalho, oportunamente.

Contudo, essa percepção de que o Estado detém um tempo, previsto em lei, para exercer o direito de punir, nem sempre existiu. Por isso, julga-se necessário um breve apontamento a respeito de sua origem, para que se tenha inclusive uma melhor compreensão do instituto como um todo. Não por acaso, optou-se por abordá-lo em primeiro lugar, neste trabalho.

1.1 NOTÍCIA HISTÓRICA SOBRE PRESCRIÇÃO PENAL.

A prescrição penal ao longo do seu desenvolvimento foi processada bem lentamente através dos séculos.

O primeiro marco relevante data de 18 a.C., qual seja a chamada “Lex Julia de Adulteriis” (lei de adultério), esta que vigorava na Roma antiga, a qual tratou posteriormente também sobre crimes de estupro, lenocínio e incesto. Esta, inicialmente, fixava prazo prescricional de cinco anos para que o Estado pudesse perseguir e punir estes tipos de delitos.²

Posteriormente por decreto de Deocleciano, imperador romano nos anos 284 e 305 d.C., o prazo foi estendido para vinte anos, quando o delito se tratava do *crimina publica*. Acontece que, tal prazo era para o ajuizamento da ação, ou seja, cumprido esse prazo, não haveria de se falar mais em prescrição. Entendemos então, que tal prescrição fazia alusão à decadência do direito de ação, do que a prescrição propriamente dita, não guardando, precisa

¹ GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, tomo II, p.368

² BALTAZAR, Antonio Lopes. *Prescrição Penal*. Bauru: Edipro, 2003, p.20

identidade com o instituto considerado neste trabalho de pesquisa. Existia, ainda nessa época, a prescrição vintenária, a qual abarcava a todos os delitos, sem exceção.

Em relação à prescrição do direito de punir, da forma como hoje a conhecemos, ela surge na França no século 16, no código Penal de 1791, tendo por influência a Revolução Francesa, a qual favoreceu esse acontecimento. As ideias de liberdade, igualdade e fraternidade, e uma certa visão racional que inspirou o movimento revolucionário, apontavam para a necessidade de impor limites mais claros à atuação do poder estatal. Nesse contexto, encaixava-se a ideia de que um criminoso não poderia estar sujeito, por toda a sua existência, a responder por um crime praticado em determinado momento da vida.

Posteriormente, seguindo o mesmo modelo francês da referida prescrição, outros países europeus adotaram a prescrição penal, excetuando-se, porém, a Inglaterra, a antiga Prússia e a Toscana. O que evidencia que é um instituto que comporta debate e que, não necessariamente, é pensado e aplicado de forma uniforme. No direito Alemão, a prescrição é conhecida desde a Antiguidade. Esta inclusive se dividia em duas grandes espécies: direito de ação e direito de execução³, aspecto que será melhor abordado adiante.

1.2 A PRESCRIÇÃO PENAL NO BRASIL

No Brasil, tendo-se em vista que sofremos muitas influências portuguesas, também acolhemos o ordenamento jurídico que vigorava nas terras lusitanas, quais sejam, as Ordenações Filipinas. Elas não incluíram no rol de garantias a prescrição. Na verdade houve uma supressão deste instituto, o que faz coro com caráter bastante severo que, na época, aquelas ordenações pretendiam imprimir no território brasileiro, que por sua vez contrasta com o caráter humanista da prescrição.⁴

A primeira menção à prescrição a ser feita foi registrada no Código Criminal do Império do Brasil, de 1830, o qual dispunha em seu artigo 65 que “as penas impostas aos réus não prescreverão em tempo algum.”.

³ MOSSIN, Heráclito Antonio. Prescrição em Matéria Criminal. 2ªed. Leme/SP: Editora JHMizuno, 2015, p.15.

⁴ MOSSIN, Heráclito Antonio. Prescrição em Matéria Criminal. 2ªed. Leme/SP: Editora JHMizuno, 2015, p.19.

A prescrição em relação à ação tem seu primeiro registro logo em seguida, no Código Penal de 1832, no qual se adotou a afiançabilidade ou inafiançabilidade e a ausência ou presença do réu no lugar do crime como critério determinante para a aplicação ou não da prescrição. Dessa forma, no art. 55 constava previsão de inexistência do decurso do lapso prescricional quando ausente em lugar não sabido ou no estrangeiro o réu, nos casos de crimes afiançáveis. Fluiria o prazo caso o réu estivesse, ainda que ausente, em lugar sabido. No art. 56 é trazida uma segunda situação, a dos crimes inafiançáveis. Estando o réu ausente, sabido ou não seu paradeiro, o lapso temporal não corria. A prescrição poderia ser arguida a qualquer tempo.⁵

O dispositivo citado acima traz uma característica marcante da Escola Clássica da Criminologia, sobretudo contida nos ensinamentos de Beccaria, conforme se depreende da passagem a seguir:

Quando se trata desses crimes atrozes cuja memória subsiste por muito tempo entre os homens, se os mesmos forem provados, não deve haver nenhuma prescrição em favor do criminoso que se subtrai ao castigo pela fuga. Não é esse, todavia, o caso dos delitos ignorados e pouco consideráveis: é mister fixar um tempo após o qual o acusado, bastante punido pelo exílio voluntário, possa reaparecer sem reatar novos castigos.⁶

Com a criação do Decreto 774, de 20/11/1890 modificações muito importantes foram trazidas. A primeira é a adoção da pena máxima como critério de cálculo para prazos prescicionais (o nosso atual artigo 109 do Código Penal em relação à pretensão punitiva). A segunda grande alteração é a desconsideração da presença ou ausência do réu como fator relevante para a fluência do prazo prescricional. A exceção a essa regra é de que, caso o réu se encontre no estrangeiro, o prazo será um pouco mais longo, por exemplo, se o réu encontra-se no estrangeiro e foi condenado a pena de 20 anos ou mais, ele faria jus a prescrição de 20 anos.⁷ A terceira modificação era a prescrição da pena, à qual nunca antes se tinha feito alusão. No art. 5º o legislador cuidou do marco inicial da prescrição da condenação. Este se iniciava na data em que passou em julgado a sentença, ou quando a execução fosse interrompida por qualquer motivo. No parágrafo único desse artigo, lia-se o seguinte: “se o

⁵ MOSSIN, Heráclito Antonio. Prescrição em Matéria Criminal. 2ªed. Leme/SP: Editora JHMizuno, 2015, p.24.

⁶ BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas: São Paulo: Martin Claret, 2001. p.74-75

⁷ <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-774-20-setembro-1890-517659-publicacaooriginal-1-pe.html>> acesso em 08/11/2016

condenado em cumprimento da pena evadir-se, a prescrição começará a correr novamente do dia da evasão.”.

Logo depois, entrou em vigor o Código Penal de 1890, determinando que o prazo de prescrição da pena seria igual ao prazo de prescrição da ação, ao qual atribuiu valor máximo de 20 anos, que é ainda adotado em nosso Código Penal atual no art. 109, I. No ano de 1923, o CP de 1890 sofreu algumas alterações através do Decreto 4780. Trouxe a imprescritibilidade do crime de moeda falsa. A imprescritibilidade até então não encontrava amparo no referido código. No mesmo Decreto foi estipulado o prazo de prescrição da ação, o qual até então era baseado na pena constante na sentença (pena em concreto). Com a modificação, este passou a ser regulado pela pena máxima prevista para o crime.⁸

Esse diploma legal também instituiu a atual Prescrição Intercorrente, já que sugeria um espaço entre a sentença condenatória e o trânsito em julgado desta. Sendo assim, até o trânsito em julgado incide-se a prescrição da pretensão punitiva e existindo pena em concreto, será ela quem regulará o prazo prescricional. Porém não é a intenção esgotar esse tema de Prescrição Intercorrente nesse momento, já que um pouco mais a frente, trataremos em detalhes a respeito do mesmo.

Com a reforma Penal de 1984, foi implementado em nosso ordenamento jurídico a subespécie da prescrição retroativa. Ratificando a Súmula 146 do STF, que permitia a contagem do prazo prescricional da pena em concreto em período anterior ao oferecimento da denúncia. Dessa forma, havendo sentença condenatória, e antes do trânsito em julgado para a defesa, poderia ser contado o período compreendido antes do oferecimento da denúncia. Esse sistema inclusive é o que adotamos até hoje e é objeto de inúmeras críticas.

Dessa forma, chegamos até os dias atuais, quando temos dois grandes blocos prescricionais: Prescrição da Pretensão Punitiva e Prescrição Executória. Dentro da pretensão punitiva temos três subdivisões: a prescrição da pretensão punitiva propriamente dita; a prescrição intercorrente; e a prescrição retroativa. Sobre elas trataremos, com maior detalhe, mais adiante.

⁸ MOSSIN, Heráclito Antonio. Prescrição em Matéria Criminal. 2ªed. Leme/SP: Editora JHMizuno, 2015, p.26.

CAPÍTULO II

DA NATUREZA JURÍDICA DA PRESCRIÇÃO PENAL

No entender de Cezar Roberto Bitencourt, “a prescrição penal é instituto de direito material”, no que é acompanhado por boa parte da doutrina. Para o ordenamento jurídico brasileiro, contudo é instituto de direito material.”, veremos mais claramente o porquê dessa teoria ser a mais aceita pela doutrina. A despeito disso, há quem enxergue nesse instituto natureza processual, é o caso da professor Heleno Cláudio Fragoso⁹.

A partir dessa controvérsia, percebemos que a definição da natureza jurídica da prescrição penal é tema de certa instabilidade na doutrina. Num primeiro momento, indaga-se se esta atuará como um obstáculo processual ou se esta será usada como a causa da extinção da punibilidade.

Boa parte da doutrina define tal instituto como pertencente ao segmento de direito material ou substantivo, nessa corrente fazem coro autores clássicos como Franz Von Liszt, Ernst Beling e Vincenzo Manzini. Entre os doutrinadores brasileiros, Rogério Greco e como já mencionado acima Cezar Roberto Bitencourt. Em contrapartida, autores como Rogério Laurié apoia que tal norma tem caráter geneticamente processual. Derivado dessas duas correntes, surge ainda uma terceira, a de natureza mista. Nesta a prescrição pertenceria aos dois ramos do direito. Apoiam esta corrente os autores Von Hippel e Franck.¹⁰

Como essas diferentes percepções têm influência na forma como a prescrição é pensada e aplicada, os itens seguintes são dedicados a explorar essas três diferentes teorias.

2.1 INSTITUTO DE DIREITO MATERIAL

Na doutrina pátria, boa parte tem o entendimento de que a prescrição é pertencente ao ramo do direito material e é revestida também de características de direito material. Leciona Damásio E. de Jesus que:

Parte da doutrina entende que a prescrição tem natureza mista, pertencente ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal. Sob o aspecto material (penal), o Estatuto diante do decurso do tempo, não tem mais razões para aplicar ao fato o direito Penal objetivo, extinguindo-se a exigência de punição. Pelo prisma processual, a passagem do tempo faz com que a produção das provas se dilua e surja

⁹ FRAGOSO, Heleno Claudio. Lições de direito penal: parte geral, 17ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 517.

¹⁰ MOSSIN, Heráclito Antonio. Prescrição em Matéria Criminal. 2ªed. Leme/SP: Editora JHMizuno, 2015, p.33.(apud. HIPPEL e FRANCK, p.36)

a possibilidade de sentenças injustas. Por isso fica impedida a iniciativa da persecução penal. Cremos, entretanto, que a prescrição tem natureza exclusivamente penal. Tanto que, constituindo causa extintiva da punibilidade, vem disciplinada no CP.¹¹

Da mesma forma, pensa Franz Von Liszt, citaso por Mossim, afirmando que

Assim, com toda a razão, a atual legislação penal considera absolutamente a prescrição como uma circunstância extintiva da pena. (...) sob uma ou outra forma a prescrição é circunstância extintiva da pena. Não só impede o processo, senão também extingue o direito de punir. Como prescrição do direito, e não como mera prescrição da ação, ela pertence por sua maioria e natureza, não ao direito processual, e sim ao direito material.¹²

O autor ainda complementa o seu raciocínio, sustentando que

A prescrição é geralmente considerada como instituto de direito material e não do direito processual. O que prescreve é o direito e o dever de aplicar a pena cominada no caso concreto; o que se extingue é pois o direito do Estado à pena oriunda do delito praticado. Outros escritores (Oppenhoff, Dorendorff, Binding) consideram a prescrição da ação como instituto de direito processual, cujos efeitos materiais são somente efeitos reflexos. Uma opinião intermediária é a daqueles que, considerando a prescrição da ação como instituto de direito material, segundo o seu fundamento e a sua natureza, reconhecem todavia que o direito positivo lhe deu caráter processual – a ausência da prescrição é requisito processual negativo, a sua presença um impedimento processual (Olshausen, &66, ns. 4 a 7). O autor segue logicamente a primeira doutrina: a prescrição é uma circunstância que extingue a pena.¹³

Portanto, apesar das outras vertentes, a mais disseminada é de que a prescrição pertence à seara material do direito penal e não à processual, justamente por se tratar a prescrição da perda do direito de punir e não apenas da preclusão da ação penal.

¹¹ BALTAZAR, Antonio Lopes. Direito Penal. Parte Geral. 33ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.762.

¹² MOSSIN, Heráclito Antonio. Prescrição em Matéria Criminal. 2ªed. Leme/SP: Editora JHMizuno, 2015, p.33.(apud. Liszt, 1899, p475)

¹³ MOSSIN, Heráclito Antonio. Prescrição em Matéria Criminal. 2ªed. Leme/SP: Editora JHMizuno, 2015, p.33.(apud. Liszt, 1899, p476)

2.2 INSTITUTO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL

Em contrapartida, há autores que defendem que a prescrição pertence ao ramo do direito processual penal. Essa parte da doutrina defende a tese de que em ocorrendo a prescrição o processo será extinto. Ademais, defendem que os efeitos de ordem material são reflexos e secundários, razão pela qual tal instituto deve ser de natureza processual.¹⁴ Uma outra ótica nos apresenta Antonio Pagliaro, defensor do viés processual. Ele critica o entendimento majoritário de que as *estintivi del reato*¹⁵ possam de fato extingui-lo. Aduz ainda, além dos ataques à terminologia, que o crime somente poderia ser extinto depois de declarado, bem como que tampouco se está diante de causa extintiva dos efeitos do crime, como admite parte da doutrina, a um, porque estes efeitos não se geraram (argumento forte com relação à prescrição antes do trânsito em julgado da sentença.) e, a dois, porque nem todos os efeitos se extinguem, e sim, somente aqueles derivados do processo penal, como bem exemplifica a permanência da possibilidade de ressarcimento de danos decorrentes do ilícito no foro cível.¹⁶

2.3 TEORIA MISTA

Na ótica da teoria mista, temos que a prescrição tem caráter tanto “causal de extinção jurídico-material da pena como obstáculo processual para a persecução”¹⁷. O argumento usado é o de que a necessidade da pena em caráter retributivo e ressocializador desaparece com o passar do tempo, e assim a prescrição torna a limitadora do *jus puniendi* estatal.

Sob o aspecto processual, a prescrição não descansa somente na necessidade da pena, mas na experiência processual de que o crescente distanciamento temporal entre o processo e o fato aumenta as dificuldades probatórias, causando o perigo de erros judiciais.

¹⁴ MOSSIN, Heráclito Antonio. Prescrição em Matéria Criminal. 2ªed. Leme/SP: Editora JHMizuno, 2015, p.33.

¹⁵ Do italiano: extinguir a ofensa

¹⁶ MOSSIN, Heráclito Antonio. Prescrição em Matéria Criminal. 2ªed. Leme/SP: Editora JHMizuno, 2015, p.33.(apud. Pagliaro, 1996, p.663-664)

¹⁷ MOSSIN, Heráclito Antonio. Prescrição em Matéria Criminal. 2ªed. Leme/SP: Editora JHMizuno, 2015, p.33.(apud. Jescheck, 1891, p.1239)

Em síntese, seguindo essa trilha de pensamento, quando ocorrer a prescrição, não poderá haver o processo, ou seja, o exercício da ação penal ficará comprometido (prescrição da ação) ou o processo de execução será extinto (prescrição da pretensão executória). A partir daí é que se tem a ideia de que a distinção entre a extinção da punibilidade ou a exclusão da pena é um fator secundário nessa discussão.¹⁸ Nesse mesmo sentido, José Julio Lozano Jr. faz coro a essa tese, senão vejamos¹⁹:

É certo que a extinção da punibilidade também gera efeitos processuais, por exemplo, a rejeição da denúncia (CPP, art. 43 inciso II) 2 ou a concessão de habeas corpus para trancamento da ação penal em razão da ocorrência de constrangimento ilegal (CPP, artigo 648, inciso VII), a devolução da fiança em determinadas hipóteses de prescrição (CPP, arts. 336, parágrafo único, a contrario sensu, e 337), etc.

Sendo assim, acompanhando a maioria dos doutrinadores, e por se tratar da posição mais coerente com o sistema, depreende-se que, apesar de o direito positivo ter atribuído algumas características de direito processual ao instituto da prescrição, esta deve ser encarada como de caráter fundamentalmente de direito material.

Cabe salientar, que o principal objetivo da ação penal é tornar realidade o direito penal propriamente dito, quanto mais que somente por intermédio dela é que se poderá ser aplicada a sanção penal cabível ao delito.

Sintetizando essa parte da natureza jurídica da prescrição penal, o professor Heráclito Mossin o faz da seguinte forma:

É de indubitável constatação e clareza que a não permissão do exercício da *actio poenalis*, da interrupção do procedimento de conhecimento penal e da própria perda da finalidade do processo de execução decorre da prescrição. Por essa razão, enquanto essa causa extintiva de punibilidade se apresenta como condição primária, todas as demais em nível processual deverão ser tidas como secundárias, como subordinantes àquelas. Assim sendo, por conclusão lógica, a causa secundária não pode ser mais importante que a primária em relação a qual essa deve ficar subordinada. Logo, o impedimento da persecução criminal, ou da aplicação da pena

¹⁸ MOSSIN, Heráclito Antonio. Prescrição em Matéria Criminal. 2ªed. Leme/SP: Editora JHMizuno, 2015, p.35.

¹⁹ LOZANO JR., José Júlio. Prescrição Penal. São Paulo: Saraiva, 2002. p.24

em concreto, se subordina à extinção da punibilidade ou ao reconhecimento da prescrição.²⁰

Sendo assim, nos parece a melhor explicação de que a prescrição é pertencente à seara material, assim como entendem boa parte da doutrina. Um motivo bem relevante deve ser apontado, o prazo é contado como prazo de natureza penal, ou seja, de maneira corrida e não como o processual em que se exclui o dia do início do mesmo, além de ser mais elástico.

²⁰ MOSSIN, Heráclito Antonio. Prescrição em Matéria Criminal. 2ªed. Leme/SP: Editora JHMizuno, 2015, p.37.

CAPÍTULO III

JUSTIFICATIVAS PARA O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

A medida que um agente pratica um delito, surge por parte do Estado o poder-dever de aplicar uma pena ao infrator. Em contrapartida, o delinquente tende a resistir a essa investida Estatal. Sendo assim, pretensão punitiva é a intenção estatal em punir o agente infrator, a qual serve de combustível para movimentar o Poder Judiciário de forma a processar e julgar o crime em vislumbre.

No que tange a essa intenção estatal em punir o agente infrator, temos o chamado *jus puniendi* estatal. Este por sua vez é instrumento do Estado de controle sobre a ordem social tendo como escopo punir e corrigir o indivíduo o qual infringe as normas, fugindo, portanto, dos padrões delineados pelo mesmo Estado.

No entender de Cesare Beccaria é como se o indivíduo, ao aderir ao chamado pacto social – do ponto de vista dos autores contratualistas, como o próprio Beccaria – fizesse um depósito de parte de sua liberdade a fim de que o caos social cessasse, mediante esse acordo coletivo. Daí, caso algum desses integrantes da sociedade tentasse se afastar desse “consórcio” será considerado abuso de poder de fato, um rompimento do pacto, e, por conseguinte deverá ser punido por uma pena proporcional, senão vejamos:

Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo. Por conseguinte, só a necessidade constrange os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era preciso para empenhar os outros em mantê-lo na posse do resto. O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo. As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos.²¹

²¹ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**: São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 09-10

Nesse aspecto, há de se ter em vista que o Estado, para que faça valer seu direito de punir, utiliza-se da pena e da coerção. Essa última, na verdade, é um meio de intimidar (como o próprio significado da palavra sugere) o indivíduo a não praticar atos considerados ilegais pelo Estado. No entender de Michel Foucault, a busca pelo Estado por uma pena adequada a determinado delito deve ser meticulosa e até certo ponto rigorosa. A justificativa é bem simples, fazer com o que o infrator se desestimele a tornar a praticar determinado delito, senão vejamos:

Encontrar para um crime o castigo que convém é encontrar a desvantagem cuja idéia seja tal que torne definitivamente sem atração a idéia de um delito. É uma arte das energias que se combatem, arte das imagens que se associam, fabricação de ligações estáveis que desafiem o tempo. Importa constituir pares de representação de valores opostos, instaurar diferenças quantitativas entre as forças em questão, estabelecer um jogo de sinais-obstáculos que possam submeter o movimento das forças a uma relação de poder. Que a idéia do suplício esteja sempre presente no coração do homem fraco e domine o sentimento que o arrasta para o crime.²²

Em relação à coerção, como dito acima, o Estado tende a dar uma aparência nada atraente ao crime, traduzindo-o como um cenário de terror. Procura deixar bem clara a relação de causa e consequência para quem realiza uma conduta desviante. Nesse mesmo sentido Foucault tem a seguinte opinião:

Que o castigo decorra do crime; que a lei pareça ser uma necessidade das coisas, e que o poder aja mascarando-se sob a força suave da natureza. Esse jogo de sinais deve corresponder à mecânica das forças: diminuir o desejo que torna o crime atraente, aumentar o interesse que torna a pena temível; inverter a relação das intensidades, fazer que a representação da pena e de suas desvantagens seja mais viva que a do crime com seus prazeres. Toda uma mecânica, portanto, do interesse de seu movimento, da maneira como é representado e da vivacidade dessa representação.²³

Em outras palavras, é a desestimulação exercida pelo Estado, através da coerção, para evitar que ocorram desvios de conduta.

Ponto relevante para o conhecimento do instituto é o fundamento no qual está enraizado. Em relação ao instituto da prescrição, o requisito objetivo para sua ocorrência, primeiramente é o decurso do tempo. Sem que haja tal lapso temporal, não há de se falar em

²² FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Petrópolis, Vozes. 1987. P. 124

²³ FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Petrópolis, Vozes. 1987. P. 126

prescrição. Assim, torna-se necessária a delimitação de tempo através de prazo, caso contrário o indivíduo para sempre ficará esperando uma reação por parte do Estado, nesse sentido:

Esse direito que se denomina pretensão punitiva, não pode eternizar-se como uma espada de Dâmocles pairando sobre a cabeça do indivíduo. Por isto, o Estado estabelece critérios limitadores para o exercício do direito de punir, e, levando em consideração a gravidade da conduta delituosa e da sanção correspondente, fixa lapso temporal dentro do qual o Estado estará legitimado a aplicar a sanção penal adequada.²⁴

Uma analogia pode ser feita com o que entende Michel Foucault, defendendo que a pena perde a sua utilidade caso ela se torne definitiva. Ora, se a pena nunca prescrevesse ela se tornaria definitiva e, caso se tornasse definitiva, perderia a sua utilidade conforme os ensinamentos a seguir:

A pena transforma, modifica, estabelece sinais, organiza obstáculos. Qual seria sua utilidade se se tornasse definitiva? Uma pena que não tivesse termo seria contraditória: todas as restrições por ela impostas ao condenado e que, voltando a ser virtuoso, ele nunca poderia aproveitar, não passariam de suplícios; e o esforço feito para reformá-lo seria pena e custo perdidos, pelo lado da sociedade. Se há incorrigíveis, temos que nos resolver a eliminá-los. Mas para todos os outros as penas só podem funcionar se terminam. Análise aceita pelos Constituintes: o Código de 1791 prevê a morte para os traidores e os assassinos; todas as outras penas devem ter um termo (o máximo é de vinte anos). Mas, principalmente, o papel da duração deve estar integrado à economia da pena. Os suplícios, em sua violência, corriam o risco de ter esse resultado: quanto mais grave o crime, menos longo era seu castigo. A duração intervinha, sem dúvida, no antigo sistema das penas: dias de pelourinho, anos de banimento, horas passadas a expirar na roda. Mas era um tempo de prova, não de transformação concertada. A duração deve agora permitir a ação própria do castigo: uma série prolongada de privações penosas, poupando à humanidade o horror das torturas, afeta muito mais o culpado que um instante passageiro de dor... Ela renova sem cessar aos olhos do povo que serve de testemunha a lembrança das leis vingadoras e faz a todos os momentos reviver um terror salutar.²⁵

Entre nós, a doutrina sustenta ser o tempo o principal elemento para justificar a prescrição. Vincenzo Manzini leciona que o decurso do tempo faz com que o crime se desapareça naturalmente, conforme se vislumbra:

A prescrição penal, no seu duplo aspecto, outro não representa que o reconhecimento de “fato jurídico” dado a um fato natural, que é o decurso do tempo. O efeito para o qual se apaga ou se perde a memória daquilo que tenha ocorrido, ao longo do tempo, é um fenômeno assim evidente na vida individual e social, que não poderia não impor-se ao ordenamento jurídico penal. Na circunstância que esta

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto, Código Penal comentado. São Paulo: Saraiva, 2002 p.707

²⁵ FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Petrópolis, Vozes. 1987. P. 128

normalidade natural foi mais ou menos percebida, pode alterar a essencial razão justificativa do instituto em exame. Isso posto, bem se compreende como a prescrição penal seja em cada caso uma prescrição extintiva do poder do Estado quanto à repressão do fato concreto; e precisamente como já mencionado, uma renúncia legislativa e preventiva por parte do Estado ao poder repressivo, condicionado ao decurso continuativo de um certo período de tempo. Penas por efeito de tal renúncia, e não pela simples decorrência do tempo, o imputado ou condenado adquire o direito de não ser julgado ou de submeter-se à pena.

No entender de Magalhães Noronha, o transcurso de tempo faz desaparecer o interesse do Estado de punir, conforme se vislumbra a seguir:

O tempo, que tudo apaga, não pode deixar de influir no terreno repressivo. O decurso de dias e anos, sem punição do culpado, gera a convicção da sua desnecessidade, pela conduta reta que ele manteve durante esse tempo. Por outro lado, ainda que se subtraindo à ação da justiça, pode aquilatar-se de sua intranquilidade, dos sobressaltos e terrores que passou, influiu esse estado psicológico em sua emenda ou regeneração. (...) é indisfarçável que, ao menos aparentemente – e, portanto, com reflexos sociais nocivos – a pena tão tardiamente aplicada surgiria sem finalidade, e antes como vingança.²⁶

Nos ensinamentos de Nucci, “todas as teorias, em conjunto, explicam a razão de existência da prescrição, que não de deixa de ser benéfica, diante da inércia do Estado em exercer sua função, investigar e apurar o crime.”²⁷

Para sintetizar essa ideia, Fábio Guaragny nos explica o seguinte:

(...) não se justifica a prescrição da punibilidade ou execução da punição imposta pela prática delitiva diante da concepção da pena com natureza retributiva, pois o decurso do tempo não motiva o afastamento da necessária compensação de mal com outro mal. Tal compensação assume foro de imperativo categórico, como “negação da negação do direito” (HEGEL), pena de ficar sem resposta a atitude desviante. Indo mais além, a Teoria Retributiva da Pena, levada a extremos, justifica portanto não a prescrição de delitos mas, ao revés, a imprescritibilidade, chocando-se com a orientação torrencialmente dominante.

Em conclusão, a pena atua preventiva e retributivamente em todos os seus momentos, sendo que este último fundamento não importa em termos de prescrição penal. *Mutadis mutandis*, os fundamentos a partir dos quais o instituto da prescrição atua em matéria penal estão intimamente relacionados com as concepções de pena lastreadas na prevenção geral e, principalmente, especial.²⁸

²⁶ NORONHA, E. Magalhães, Direito Penal – São Paulo: Saraiva, 2001.pág. 362

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.p. 531

²⁸ GUARAGNY, Fábio André, Prescrição Penal e Impunidade – Curitiba: Juruá, 2008 pag.39

Sendo assim, não se justifica a prescrição na teoria retributiva da pena por si só, tendo em vista que o simples transcurso de tempo não afasta a compensação do mal com mal. Muito pelo contrário, conforme citado por Hegel seria a negação da negação, ou seja, não seria respondida a conduta desviante. Na verdade a pena deve atuar tanto preventiva como retributivamente, justamente para que essa referida “negação da negação” não ocorra.

Dentro dessa linha de pensamento, existem certas teorias, conforme foi citado por Nucci, as quais procuram atribuir a motivação do instituto da prescrição.

3.1 TEORIAS EM ESPÉCIE

Neste ponto, serão abordadas, em espécie, as teorias que explicam a aplicação da prescrição. Ou seja, aquelas as quais servem como princípios basilares para o instituto. São elas: a teoria do esquecimento; a teoria da expiação moral; a teoria da emenda; e a teoria psicológica;

3.1.1 TEORIA DO ESQUECIMENTO

A primeira teoria que merece destaque é a do esquecimento. Nesta, a pena teria apenas caráter retributivo, ou seja, o criminoso cometeu um delito e deve “pagar” pelo que fez para que o “alarme social” seja desarmado. Com o transcorrer do tempo, esse referido alarme torna-se esquecido, razão pela qual o objetivo da pena se torne esvaziado. Sendo assim, a punição perde a sua razão de ser, justificando, portanto, a teoria do esquecimento.

De acordo com a teoria clássica da ciência criminal, o homem capaz é responsável penalmente, desde que responsável moralmente, pois é possuidor de livre-arbítrio, isto é, a possibilidade que ele tem de se auto-determinar, escolhendo entre fazer o que é certo ou o que é errado. Essa ideia de liberdade baseia-se nas leis naturais e, quando são violadas, dão margem a uma retribuição, uma resposta penal, de natureza retributiva. A Teoria do Esquecimento estabelece que o transcurso do tempo desde a prática do delito, sem que o Estado consiga apurar a conduta delituosa e sem a condenação e a execução desta, faz com que o delito seja esquecido pela sociedade. Depois disso, não há interesse social na persecução criminal. Para esta teoria, o tempo faz com que a sociedade, pouco a pouco,

esqueça o crime, diminuindo a intranquilidade social, bem como o desejo da obtenção de satisfação do ofendido.

Em contraponto a essa ideia, Kant ensina que, a pena aparece como o retorno necessário à conduta, a qual retribui o mal praticado com um outro mal. Dessa forma, a sua aplicabilidade torna-se irrenunciável. Adepto desse mesmo posicionamento figura Cesare Beccaria, por entender que a prescrição representaria perigo à ordem social.²⁹

Na mesma linha de pensamento, Eduardo Reale Ferrari sustenta o seguinte:

Tal apuração visa à não-aplicação de punição desnecessária e inútil, com consequência muitas vezes mais prejudiciais do que a própria prática do delito. Segundo os adeptos dessa teoria, o Estado, após muitos anos, já não exige mais a punição, porquanto tranqüilizada a comunidade. Esquece-se da antiga perpetuação delituosa, não se justificando a imposição de punição desnecessária, pois constitui insegurança para a sociedade já apaziguada, recordando momentos esquecidos e corrigidos por seus autores.³⁰

Sendo assim, temos que pelo decurso do tempo, a aplicação da pena pode por vezes produzir efeitos piores até do que a prática do delito. Então, segundo essa teoria, não há porque a pena se perpetuar até que se encontre o infrator para que assim se possa puni-lo.

3.1.2 TEORIA DA EXPIAÇÃO MORAL

Expição, palavra a qual se origina do latim, *expiatione*, tem o significado de purificação de pecados. Apenas a título de ilustração, essa palavra era muito utilizada na Bíblia Sagrada, sobretudo no Antigo Testamento, para denominar os sacrifícios feitos pelo Sumo Sacerdote tendo como objetivo purificar os pecados. Em outras palavras, era uma classe de contrições que consistia em sacrifícios expiatórios, e cuja finalidade era a de reparar os pecados. Não é muito diferente do que a teoria da Expição Moral nos ensina.

Na teoria da “expição moral” entende-se que, transcorrido determinado lapso temporal (no nosso caso, estabelecido por lei), a culpa que poderia recair sobre o agente pelo delito praticado se expia, já que só pelo remorso e angústia sofridos por este já cumpriram o papel que a pena teria cumprido se concretizada. Dessa forma, a prescrição se justifica pelo

²⁹ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*: São Paulo: Martin Claret, 2001. p.75

³⁰ FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição da Ação Penal*: suas causas suspensivas e interruptivas. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 26.

sofrimento moral já vivenciado pelo delinquente enquanto corria contra si o prazo prescricional.

Eduardo Reale ensina sobre essa teoria que, “o sofrimento já seria suficiente a não necessitar outro tipo de sanção, pois a perpetuidade do andamento processual já constituiria padecimento contínuo do indivíduo.”

A respeito dessa teoria, Aloysio de Carvalho Filho, critica no que tange a presunção de sofrimento do acusado, conforme se vê:

Se o fundamento da prescrição fosse o suplício do acusado, compensando a falta da pena, substituído o castigo, que esta é, pela tortura moral, que a condição de foragido implica, seria indispensável, para decretar-se a medida, a prova da contrição no culpado. Sem isso, impossível afirmar-se a existência do remorso. Dispensar a verificação, seria assentar a prescrição num simples presumir do remorso, quando o mais comumente observado é a ausência de arrependimento, como características, até, dos mais perigosos delinquentes.³¹

Mostra-se coerente o argumento do doutrinador, tendo em vista que o juízo de valor acerca de ter havido ou não a angústia – ou como ele mesmo disse “a tortura moral” do acusado – não pode ser provado nem testado. Sem isso essa teoria não passa de uma ficção. A crítica é de que um tal pensamento acaba contribuindo para uma desordem social e, mais uma vez, para a impunidade.

3.1.3 TEORIA DA EMENDA

Na teoria da emenda, a qual tem características extremamente positivistas, consta que não mais existe a necessidade de punição tendo em vista a presunção de correção do delinquente que não reincide após superado determinado lapso temporal. A justificativa é que a “soma do tempo transcorrido” com a “ausência de repetição da prática delituosa” sugerem que o criminoso se “emendou”, ou seja, se corrigiu. Mas somente se contaria o prazo prescricional quando não houvesse reincidência.

Note-se que, nesse caso, o foco central da teoria é a preocupação com o caráter ressocializador da pena: ao emendar-se, o agente está pronto para viver pacificamente em

³¹ CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal*, Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.217/218

sociedade. Essa teoria encontra abrigo nos ensinamentos de Beccaria, conforme o próprio defende em sua obra, senão vejamos:

Com efeito, a obscuridade que envolveu por muito tempo o delito diminui muito a necessidade do exemplo, e permite devolver ao cidadão sua condição e seus direitos com o poder de torná-lo melhor.³²

A passagem enfoca o aspecto ressocializador da pena. Nessa mesma toada, ensina Aloysio de Carvalho Filho,

A boa conduta reforça a evidência da desnecessidade da punição, até porque a reincidência, via de regra, interrompe a curso da prescrição. Se o fundamento da prescrição fôsse a emenda presumida do acusado, não se justificariam as prescrições de curto prazo, insuficiente, que este é, para a suposição, ao menos, da corrigibilidade.³³

Temos portanto que, o decurso do tempo fez com que o acusado, ainda que não tenha sido transitada em julgado a sua condenação, obtivesse o efeito da pena, ou seja, o seu caráter ressocializador. Dessa forma diz-se que a correção veio por emenda.

3.1.4 TEORIA PSICOLÓGICA

Na teoria psicológica, presume-se que, com o passar do tempo, o criminoso altera o seu modo de ser, tornando-se pessoa diversa daquela era quando praticou o crime. Se a pessoa do agente se modificou (as pessoas mudam), isso faz com que não seja prudente a aplicação da pena, já que, figurativamente, quem vai sofrer a pena será pessoa diversa daquela que praticou a conduta típica.

Um dos precursores da presente teoria é o sociólogo e jurista Gabriel de Tarde, o qual sustenta que quem vai, na verdade, sofrer a sanção não será o infrator, mas sim a vítima do crime em decorrência do lapso temporal sem qualquer punição ao agente.³⁴ Além de Gabriel de Tarde, Magalhães Noronha também faz uma breve análise a respeito da referida teoria, conforme se vislumbra a seguir:

³² BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*: São Paulo: Martin Claret, 2001. p.75

³³ CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal*, Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.219

³⁴ TARDE, Gabriel de. *A opinião e as massas*. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

O tempo, que tudo apaga, não pode deixar de influir no terreno repressivo. O decurso de dias e anos, sem punição do culpado, gera a convicção da sua desnecessidade, pela conduta reta que ele manteve durante esse tempo. Por outro lado, ainda que se subtraindo à ação da justiça, pode aquilatar-se de sua intranquilidade, dos sobressaltos e terrores que passou, influenciando esse estado psicológico em sua emenda ou regeneração. (...) é indisfarçável que, ao menos aparentemente – e, portanto, com reflexos sociais nocivos – a pena tão tardiamente aplicada surgiria sem finalidade, e antes como vingança.³⁵

3.2 CONCEITO GERAL DE PRESCRIÇÃO PENAL

Agora que já transitamos pelas razões históricas e fundamentos teóricos que dão conta da essência do instituto da prescrição pena, pode-se conceituar e delimitar, com maiores clareza, o instituto. Nesse sentido, Luiz Régis Prado nos traz um conceito esclarecedor. Para ele, prescrição, no campo penal, é:

a perda do jus puniendi estatal decorrente do seu não exercício em determinado lapso de tempo, ou seja, a prescrição é a perda do direito de punir pela inércia do Estado, pela falta do seu exercício dentro do período de tempo legalmente definido³⁶

Para Nucci, por sua vez,

é a perda do direito de punir do Estado pelo não exercício em determinado lapso de tempo. Não há mais interesse estatal na repressão do crime, tendo em vista o decurso do tempo e porque o infrator não reincide, readaptando-se à vida social. Escoado o prazo que a própria lei estabelece, observadas suas causas modificadoras, prescreve o direito estatal a punição do infrator.³⁷

Levando-se em consideração o colocado acima, o autor José Frederico Marques sintetiza muito bem o conceito e complementa o raciocínio, conforme se vislumbra:

(...) ilustres penalistas falam em renúncia ou abdicação do Estado, quando cessa seu poder punitivo pelo decurso do prazo prescricional. Essa renúncia, porém, só pode ser entendida se focalizada o momento prelegislativo da norma penal, e não no plano

³⁵ NORONHA, E. Magalhães, Direito Penal – São Paulo: Saraiva, 2001. pág. 362

³⁶ PRADO, Luiz Régis. Comentários ao código penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.375-385.

³⁷ NUCCI Guilherme de Souza, Código Penal Comentado 7ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo-SP, 2007. P.710

de sua aplicação após estar promulgada. **A prescrição penal é perda do direito de punir pelo não uso da pretensão punitiva durante certo espaço de tempo. É da inércia do Estado que surge a prescrição. Atingido ou ameaçado bem jurídico penalmente tutelado, é a prescrição uma decorrência da falta de reação contra o ato lesivo ou perigoso do delinquente. Desaparece o direito de punir do Estado, porque através de seus órgãos não conseguiu, em tempo oportuno, exercer sua pretensão punitiva.**³⁸ (grifo nosso)

Percebe-se, na leitura das conceituações acima transcritas, que os autores se inclinam para uma ou outra teoria, dentre aquelas que estudamos no item anterior. Mesmo assim, de forma geral, há pontos convergentes. Pode-se dizer, então que a prescrição penal nada mais é que a perda do *jus puniendi* estatal, dada a sua inércia diante de ameaça de bem jurídico penalmente tutelado. Transcorrido o prazo prescricional o Estado, perde o direito de punir o agente infrator.

Vale ainda ressaltar que a inércia Estatal não pode ser confundida com a renúncia ao direito de ação. Exemplo disso é a possibilidade de ajuizamento da Ação Penal Subsidiária da Pública na qual o Ministério Público não ajuíza ação no prazo legal e abre a possibilidade do ofendido oferecer a denúncia em seu lugar. Nesse caso, portanto, ocorre a inércia estatal ao direito de ação, porém não ocorre a renúncia ao direito de ação.

³⁸MARQUES, José Frederico. Curso de Direito Penal. São Paulo; Saraiva, 1956, v.3, p.412

CAPÍTULO IV

PRESCRIÇÃO EM ESPÉCIE

A prescrição penal no ordenamento jurídico pátrio se subdivide em dois grandes blocos, quais sejam a Prescrição da Pretensão Punitiva, a qual se regula pelo artigo 109 do Código Penal, e a Prescrição da Pretensão Executória, a qual é regulada pelo artigo 110 do mesmo código.

Dentro da Prescrição da Pretensão Punitiva existem, basicamente, duas outras subdivisões que são a Prescrição superveniente, intercorrente ou subsequente (art.110,§1ª, c.c. art. 109 do CP) e a Prescrição retroativa (art. 110, §1º, in fine, c.c. art.109 do CP).

Para efeitos de Prescrição da Pretensão Executória, ocorre o oposto que com a anterior: deve ser respeitado o trânsito em julgado da ação penal, para que seja possível invocar tal instituto. Sendo assim, o trânsito em julgado da sentença condenatória deve ocorrer para que se possa vislumbrar a possibilidade de ocorrência da Prescrição da Pretensão Executória.

Em síntese, o art. 109 do Código Penal prevê a “prescrição antes de transitar em julgado a sentença”, enquanto que no art. 110 do mesmo diploma alude à “prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória”. Sendo assim, a extinção da punibilidade por intermédio da prescrição deve ter como parâmetro antes ou depois da *pronuntiatio iudicis* de natureza condenatória.

4.1 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

Em se tratando de Prescrição da Pretensão Punitiva, deve-se ter em vista que só ocorre antes do trânsito em julgado da ação para a defesa. Ou seja, a ocorrência de toda e qualquer modalidade de Prescrição da Pretensão Punitiva deve respeitar o limite do trânsito em julgado da ação penal, conforme inteligência dada pelo artigo 109 do Código Penal pátrio.

Ocorre que a prescrição da pretensão punitiva no ordenamento penal brasileiro é impropriamente confundida com a com a prescrição da ação penal, como apontam alguns autores. Mas esse erro se mostra irrelevante, na prática, haja vista que o Estado perde, de qualquer maneira, o seu *jus puniendi in concreto* pelo decurso do tempo, ou seja não é apenas a ação que prescreverá, mas também o direito de punir do Estado. Para esclarecer melhor esse detalhe, observemos as lições de Damásio de Jesus:

Na prescrição punitiva, impropriamente denominada ‘prescrição da ação’, a passagem do tempo sem o seu exercício faz com que o Estado perca o seu direito de punir no que tange à pretensão (punitiva) de o Poder judiciário apreciar a lide surgida com a prática da infração penal e aplicar a sanção respectiva. Titular do direito concreto de punir, o Estado o exerce por intermédio da ação penal, que tem por objeto direto a exigência de julgamento da própria pretensão punitiva e por objeto mediato a aplicação da sanção penal. Com o decurso do tempo sem o seu exercício, o Estado vê extinta a punibilidade e, por consequência, perde o direito de ver satisfeitos aqueles dois objetos do processo.³⁹

A forma de prescrição mais comum, é a chamada prescrição da pretensão punitiva em abstrato. Esta modalidade se dá tendo como base a pena máxima aplicada ao delito. Mediante esta pena máxima, calcula-se o prazo prescricional de acordo com a tábua de prazos do art. 109 do Código Penal. Nela, cumprindo-se o prazo prescricional da pena máxima em abstrato cominada ao crime, a pretensão punitiva estatal estará fulminada.

4.1.1 PRESCRIÇÃO RETROATIVA

Trata-se da prescrição da pretensão punitiva do Estado ao agente criminoso com base na pena aplicada concretamente, ou seja, quando já existe sentença sem recurso da acusação, ou quando, sendo negado provimento a ele, o prazo prescricional é contado para trás, ou seja, contado para os prazos anteriores à sentença.

Traduzindo essa modalidade de prescrição em um exemplo, um crime de lesão corporal leve praticado em 2005, com recebimento da denúncia em 2006 e sentença penal condenatória com pena de três meses (pena mínima do artigo 129, caput, CP), já transitada em julgado para a acusação em 2010, prescreve em 3 anos, conforme tabela do artigo 109, VI, do Código Penal. Fica assim configurada a modalidade retroativa, haja vista até mesmo a definição de prescrição retroativa que significa a prescrição “contada para trás”

Trazida ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto 4780, que alterou o Código Penal de 1890, modificando o art. 35 do mesmo, a Prescrição Retroativa é alvo de profundas críticas na doutrina e por parte de muitos magistrados. Tal espécie, se analisarmos nua e cruamente o referido art. 35, não é a tradução do que conhecemos hoje como prescrição retroativa. O que ocorreu na realidade foi uma construção jurisprudencial para que tivéssemos o que hoje chamamos de Prescrição Retroativa.

³⁹ JESUS, Damásio de. Direito Penal. Parte Geral. 33.ed. São Paulo: Saraiva 2012. P.25

Para que se chegasse a esse ponto, em 1931 a questão suscitada a respeito da contagem ou não contagem do prazo prescricional antes da sentença condenatória foi decidida em segundo grau de jurisdição em São Paulo, porém foi frustrado esse intento, já que aquele colegiado decidiu pela não aplicação da prescrição retroativa.⁴⁰

Em 1940, já com o atual Código Penal em vigor, o art. 110 estabelecia que “A prescrição, depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos.”

Através desta redação, a doutrina e a jurisprudência convergiam no sentido de que a aplicação da prescrição somente poderia ocorrer após a sentença condenatória. Acontece que em 1946 o STF, no julgamento do HC 28638, decidiu pela aplicação da prescrição da pena em concreto em momento antes da sentença condenatória. Decisão essa que abriu um precedente histórico naquele tribunal, já que tal instituto ainda estava em pleno debate jurisprudencial. O fundamento usado era o de que havia uma exceção no artigo 109 constante do parágrafo único do art. 110 o qual só beneficiaria o réu.

No ano de 1947, o STF mudou seu entendimento a esse respeito. No HC 29370, decidiu pela não aplicação da contagem da prescrição retroativa. Entendendo que a exceção acima referida objetivava a contagem do prazo após a sentença condenatória. Tal posicionamento perdurou até 1951, quando se voltou a discutir o assunto.

Com a lei 7209, a qual instituía a reforma penal de 1984, com base em julgados e súmula do STF⁴¹, ampliou-se o alcance da prescrição retroativa de forma drástica. Dessa vez o prazo prescricional retroage até a data do delito, sendo computado até data do recebimento da denúncia, ou então da data do recebimento da peça acusatória até a sentença condenatória.

Tal entendimento foi seguido por mais de vinte anos, até que, por força da lei 12.234 de 2010, entendeu-se pela mudança no artigo 109 do Código Penal. Antes, se lia o seguinte:

⁴⁰ GUARAGNY, Fábio André, Prescrição Penal e Impunidade – Curitiba: Juruá, 2008 pag.40

⁴¹ Entre esses julgados, a votação do HC 28638, do HC 29370, os quais ensejaram a origem da súmula 146 a qual foi na história, a súmula que mais estendia os efeitos da prescrição retroativa. Com isso, ela se estenderia da sentença condenatória, indo até a data do fato, e ainda estendia os efeitos desta aos casos de ausência de apelação pelo réu da sentença condenatória.

“A prescrição antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime (...)”

Depois da lei, passou-se a ler

“A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no §1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime (...)”.

Percebe-se que o novo texto legal suprimiu o § 2º da sua redação anterior, o qual o conteúdo era o seguinte: “A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou queixa.”. Ainda nessa esteira, para sacramentar exclusão do referido parágrafo, houve o seguinte acréscimo no final do §1º, do art. 110: “(...) não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à data da denúncia ou queixa.”

O que se pode perceber é que a intenção real do legislador era na verdade dar cabo à Prescrição Retroativa, como bem narra o art. 1º da lei 12.234/2010, o qual diz o seguinte: “Esta Lei altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para excluir a prescrição retroativa.” Sendo assim, fica claro o objetivo do legislador em romper com o Prescrição Retroativa. Tal alteração veio em boa hora, afinal como bem disse Nelson Hungria, “querer utilizar o tempo anterior à última causa interruptiva, vale o mesmo que pretender ressuscitar um defunto ou extrair substância do vácuo.”⁴²

Acontece que, ao contrário do que se pretendia com o advento da lei 12.234/2010, a Prescrição Retroativa não foi extinta por completo. O que conseguiu-se combater foi a contagem do prazo antes do recebimento da denúncia. Todavia, a prescrição continua a ser corrida durante o andamento do processo tendo como base a pena em concreto.

Diante de todas essas mudanças, a prescrição retroativa que temos hoje funciona da seguinte forma: Ocorrendo o trânsito em julgado para a acusação (seja pelo não oferecimento de recurso, seja pelo improvimento do mesmo) e tendo-se a pena em concreto, passa-se a contar o prazo prescricional a partir do recebimento da peça acusatória até a sentença condenatória definitiva. Não sendo computado o prazo antes do recebimento da denúncia. Dessa forma, o tempo corrido durante toda a fase instrutória que antecede o recebimento da

⁴² HUNGRIA, Nelson. Revista Forense, volume 78, p. 589

denúncia não é computada para esse fim. Sendo assim, contando-se o prazo prescricional da pena em concreto para trás da sentença, teremos a prescrição retroativa, excluindo-se como já dito o tempo antes do recebimento da denúncia, conforme modificação trazida pela lei 12.234/2010.

Traçando-se um paralelo entre as legislações penais brasileira e estrangeiras, ocorre que em outros países não existe qualquer menção a respeito de prescrição retroativa. Isso se justifica provavelmente pelo fato de a prescrição retroativa ter sido uma construção jurisprudencial que mais na frente ganhou força de lei. Essa prática tende apenas a contribuir, sobretudo se tratando das infrações de porte médio, que tal forma de prescrição, agora banida em parte do ordenamento nacional, para um crescimento e aumento da impunidade. E aumentando-se a impunidade, por via de consequência, encoraja-se também o surgimento de novos criminosos, criando-se o chamado por Émile Durkheim de “caos social”.

Uma outra situação que pode ocorrer, é quando existe em primeiro grau de jurisdição uma sentença absolutória e em segunda instância uma condenação mediante recurso da acusação. Nessa situação a prescrição retroativa terá a seguinte dinâmica: como ocorreu absolvição em primeiro grau (não é causa interruptiva de prescrição) e condenação em segundo, o prazo será contado desde o recebimento da denúncia ou queixa até a data da publicação do acórdão no órgão colegiado.

4.1.2 PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE OU SUPERVENIENTE

Fala-se em prescrição superveniente aquela que se dá tendo a pena prolatada em sentença condenatória e ocorrendo o recurso pela defesa. O prazo será contado sempre para frente, daí o nome superveniente ou subsequente, ou seja, entre a sentença e o acórdão final, transcorrendo-se o prazo prescricional da sentença *a quo* ocorrerá a chamada Prescrição Intercorrente ou Superveniente. Há de se frisar que o trânsito em julgado da ação ainda não ocorreu. Caso tivesse ocorrido estaríamos falando a respeito da prescrição da pretensão executória. Nessa esteira aduz Celso Delmanto:

Neste §1º está inscrita outra forma de prescrição, denominada subsequente (ou superveniente) à sentença condenatória. Por expressa ressalva e remissão do precedente art.109 do CP, trata-se, ainda aqui, da espécie prescrição da pretensão punitiva (ou da ação). Isto porque a referida forma prescricional ocorre ainda ‘antes de transitar em julgado a sentença final’. Embora a sentença seja condenatória, ela

não chegou a se tornar definitiva, pois lhe cabe recurso, isto é, ela ainda não passou em julgado para acusação e defesa.⁴³

Essa modalidade se assemelha e muito com a prescrição retroativa, mas com uma importante diferença. A prescrição retroativa conta os prazos para trás. Por exemplo, houve condenação na sentença e, entre o recebimento da denúncia e a sentença, atingiu-se o prazo prescricional, incidindo a prescrição retroativa. Já na prescrição superveniente, o prazo é contado para a frente. Por exemplo, prolatou-se a sentença, houve recurso, entre a publicação do acórdão e a sentença houve transcurso do prazo, aí sim teremos prescrição superveniente. De melhor forma nos ensina Rogério Greco:

Fala-se em prescrição superveniente ou intercorrente quando esta ocorre depois do trânsito em julgado para a acusação ou do improvimento do seu recurso, tomando-se por base a pena fixada na sentença penal condenatória. Da mesma forma que a prescrição retroativa, a prescrição superveniente atinge a pretensão punitiva do Estado, uma vez que não permite a confecção do título executivo judicial.⁴⁴

Há de se observar ainda que, para efeito do cômputo do prazo, não se leva em consideração a sanção penal máxima abstratamente cominada, mas sim o *quantum* determinado na prestação jurisdicional (pena aplicada concretamente).

A respeito dessa espécie de prescrição, tem sido questionado se ela não torna as condições entre acusação e defesa desequilibradas. Apenas a título de explicação, afinal tal tema será tratado mais adiante, esse desequilíbrio se dá pelo fato de ter ocorrido o trânsito em julgado para a acusação e a defesa recorrer.

Dessa forma o prazo prescricional já está correndo, sem que a acusação possa sequer se manifestar. Ora, se a prescrição se dá pela inércia e desinteresse na condenação, como pode ser aceitável que tal prazo corra se uma das partes processuais já está fora do processo? Ocorre portanto, uma incongruência nesse sentido.

⁴³ DELMANTO, Celso. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 11ed. Rio de Janeiro. Impetus. 2009, p.738

⁴⁴ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte geral. 11.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, v.1, p.738

CAPÍTULO V

CRÍTICAS EM RELAÇÃO AO SISTEMA PRESCRICIONAL BRASILEIRO E A SENSÇÃO DE IMPUNIDADE DECORRENTE DE SUAS IMPERFEIÇÕES

Em que pese o sistema prescricional adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro ser considerado bastante moderno e tecnicamente adequado, este merece ser analisado em detalhes e, em alguns pontos, criticado, sendo esta uma das propostas centrais do presente trabalho. Dentre os pontos a serem criticados, iremos destacar o sistema de prazos prescricionais do Código Penal Brasileiro como um todo e, depois, uma crítica específica ao art. 112 do CP.

Antes, porém, há necessidade de destacar aspectos de operação do sistema de justiça, que acabam reforçando as críticas, no tocante à forma como o sistema prescricional é operado, no contexto dos processos criminais, no Brasil. Essa crítica pode abranger, inclusive, a morosidade da justiça a qual impede que o Estado possa exercer o seu poder de mediador de conflito de interesses. Essa morosidade está apoiada basicamente em quatro aspectos, conforme veremos logo a seguir.

O primeiro fator que contribui para essa morosidade é por óbvio o crescimento da demanda. O aumento populacional, a conscientização por parte dos cidadãos de seus direitos, a ênfase que se deu na Constituição Brasileira de 1988 sobre os direitos das pessoas, o que lhe valeu o nome de Constituição cidadã, a evolução tecnológica por que passa o mundo, tudo isto concorreu para a procura da justiça em uma escala, sem precedentes. É como se estivéssemos em plena corrida do ouro, como aconteceu nos velhos tempos.

Acrescente-se, a migração do contingente populacional do campo para a cidade, em decorrência da industrialização do país, o que continuou em escala crescente nas décadas posteriores, principalmente, na década de 80, ocasionando o abarrotamento dos fóruns e tribunais, gerando, assim, uma crescente demanda e, por conseguinte, demora na prestação jurisdicional. Trazendo para a seara do direito Penal, em especial para a população carcerária, temos um verdadeiro “Big Bang”.⁴⁵

⁴⁵ OLIVEIRA, Moisés do Socorro de. O Poder Judiciário: morosidade.. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 96, 7 out. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4306>>. Acesso em: 13 out. 2016.

Em segundo lugar, a estrutura no Poder Judiciário não foi adequadamente aparelhada para enfrentar tanta demanda nos últimos tempos. É incontroverso que a lei deve acompanhar as mudanças sociais. Os fatos sociais não param um instante. Embora o legislador procure elaborar a lei objetivando a sua eficácia no tempo e no espaço, constata-se que toda lei já nasce deficiente. O Estado é impotente para acompanhar a velocidade dos acontecimentos e atualizar a lei em conformidade com a realidade social.

Há, portanto, necessidade de uma vigilância pelos poderes competentes, com vistas a uma revisão permanente dos textos legais que regulam a vida em sociedade. Isto não acontece, especialmente no campo penal. Apenas a título de ilustração trazemos a notícia veiculada pelo Jornal do Brasil ainda em 2012, onde se lia, 'Peso de processos ameaça prédio da Justiça de MG'. No caso, o prédio do tribunal ameaçava ruir, já que o número de volumes de papel que entrava tinha um crescimento muito maior do que o volume que saía, considerando processos de todas as espécies que lá chegavam para serem julgados em grau de recurso. Ou seja, até mesmo a estrutura física do tribunal já não comporta mais tamanho volume de processos.⁴⁶

Todo esse volume faz com que a atuação dos magistrados seja, também, lenta e errática, no sentido de que muitos erros são cometidos, por ser necessário dividir a atenção entre muitos processos, simultaneamente. Esse é um fator importante que, no campo penal, pode contribuir para o sentimento de impunidade – quando os processos demoram para serem julgados – ou de injustiça – quando, por exemplo, a Vara de Execuções Penais “esquece” um detento que já teria cumprido a integralidade de sua pena. Esse último caso que inclusive iremos enfatizar mais a frente, sobretudo quando falaremos a respeito do acesso igualitário à segunda instância, que, adiante-se, por vezes não ocorre.

O terceiro aspecto relevante seria a legislação inadequada. Com a enxurrada de leis processuais, o descompasso é geral. Não há como se movimentar num cipoal de normas de difícil acesso e na maioria das vezes, contraditórias e superadas diante da realidade social que nos cercam. Há um grande número de juízes não só da primeira instância como no segundo grau e nos tribunais superiores, que tem procurado colaborar, no sentido de melhorar o

⁴⁶ <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2012/03/01/peso-de-processos-ameaca-predio-da-justica-de-mg-diz-sindicato/>

processo, tanto na área civil como na penal. As poucas modificações efetuadas, entretanto, são acanhadas e insuficientes para solucionar o problema da morosidade.

O quarto e último, porém não menos importante, é a inoperância dos poderes Executivo e Legislativo. Os motivos são bem aparentes. Como é de competência dos dois respectivamente aprovar e legislar a fim de combater a morosidade processual, nos parece bem óbvio que estes são dois dos grandes vilões, em relação ao tema. No tocante ao legislativo, nota-se uma montanha burocrática para que leis que atualizam o Código Penal sejam postas a votação. Com toda essa burocracia e demora na votação e aprovação, por óbvio a lei se tornará obsoleta.

Todas essas são disfunções que, para além do sistema prescricional propriamente dito, acabam contribuindo para o sentimento de impunidade que assola a sociedade, decorrentes da sensação de que os processos não receberão, das autoridades judiciárias e/ou, de todo o sistema de justiça criminal, a necessária atenção para que os crimes praticados sejam efetivamente e justamente punidos.

5.1 CRÍTICA AO SISTEMA DE PRAZOS PRESCRICIONAIS DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Nesse primeiro momento, nossa crítica será em torno do sistema de prazos adotados pelo Código Penal Brasileiro, no que tange as duas modalidades de prescrição básicas previstas, a da pretensão punitiva, a qual ocorre antes do trânsito em julgado da sentença final, e o a da pretensão executória, a qual ocorre após o trânsito em julgado da sentença final, já na fase de execução, como já examinado no capítulo anterior.

Para auxiliar nessa crítica, buscamos pontuar, de forma breve e pontual, alguns aspectos comparados entre o direito penal brasileiro e o direito penal italiano. Não se trata, a rigor, de um estudo comparativo completo, que exigiria maior aprofundamento e contextualização dos dois ordenamentos comparados. Mas acreditamos que a comparação poderá auxiliar na crítica que pretendemos fazer, e que poderá ser aperfeiçoada em outros estudos. Para esse fim, lançamos mão da obra de Fábio Guaragni, o qual estabelece esse pequeno paralelo, além de tecer algumas críticas sobre determinados aspectos sobre prescrição e impunidade. Não por acaso o referido autor será citado por algumas vezes ao longo de nossa crítica, tendo em vista que foi subsídio para nossa pesquisa.

Deve-se observar o disposto no art. 109 do CP Brasileiro o qual disciplina os prazos prescricionais antes do trânsito em julgado da sentença. Neste mesmo art. 109 é disciplinado também que sobre esses prazos incide a pena máxima cominada sobre a a infração penal, prevendo assim a prescrição. Dispõe então o art. 109:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010)

Quando se refere a pretensão executória, o art. 110 em seu caput, reza que após o trânsito em julgado da sentença condenatória, o prazo prescricional será regulado pela pena cominada na sentença, incidindo, todavia, a tabela de prazos contida no art. 109. Eis que surge então a primeira incoerência na opinião da doutrina, como por exemplo na opinião de Aloysio de Carvalho Filho⁴⁷, e também torna-se dissonante em comparação com outros modelos legislativos.

No art. 157 do Código Penal Italiano temos prevista a prescrição da ofensa antes do trânsito em julgado⁴⁸ e em seguida a tabela de prazos prescricionais, assim como em nosso art. 109, senão vejamos:

Art.157 - Prescrição. O tempo necessário para prescrever -

⁴⁷ CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal*, Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1958

⁴⁸ GUARAGNY, Fábio André. *Prescrição Penal e Impunidade* – Curitiba: Juruá, 2008. p.54

Prescrição extingue a ofensa:

- 1), em vinte anos, se se trata do crime para o qual a lei prevê uma pena de prisão não menos de vinte e quatro;
- 2) em quinze anos, se é um crime para o qual a lei prevê uma pena de prisão não inferior a dez anos;
- 3) em dez anos, se se trata de um crime para o qual a lei prevê uma pena de prisão não menos de cinco anos;
- 4) em cinco anos, se é um crime para o qual a lei prevê uma pena de prisão menos de cinco anos ou multa;
- 5) mais de três anos, se é delito para o qual a lei prevê uma pena de prisão;
- 6) em dois anos, se se trata de delito para o qual a lei prevê uma pena de multa

(1). Para determinar o tempo necessário para prescrever tem-se em consideração à pena máxima estabelecida por lei para o crime, consumado ou tentado, tendo em conta o máximo de pena estabelecida para circunstâncias agravantes e em declínio mínimo estabelecido para circunstâncias atenuantes.⁴⁹

Note-se que a diferença mais acentuada em relação ao nosso ordenamento é o parágrafo primeiro do CP Italiano. Nele inova-se quanto à consideração das causas de aumento ou de diminuição de pena. Nas causas de aumento de pena é elevado ao máximo o acréscimo, enquanto que nas causas atenuantes são dosadas ao mínimo possível. Nesse sentido, Fábio Guaragni cita muito oportunamente o seguinte:

(...) as circunstâncias genéricas também devem ser consideradas, à vista da *ratio* da prescrição, diante da preservação do princípio segundo o qual as penas podem ser dispostas somente na forma expressamente prevista em lei, vale dizer, **a desconsideração das circunstâncias genéricas, equivaleria à consideração de uma pena que a lei não endereça ao fato.** (grifo nosso)⁵⁰

Sendo assim, depreende-se que, caso as circunstâncias genéricas fossem desconsideradas, o que surgiria na verdade seria uma pena não condizente com o crime cometido. Por conseguinte, a lei não alcançaria seu objetivo pretendido.

Em relação à prescrição da pena em concreto, após o trânsito em julgado, o CP Italiano informa em seu art. 172 o seguinte:

Extinção de penas de prisão e uma multa para a passagem do tempo -
Lapsos de prisão com termo de um prazo igual ao dobro da pena imposta e, em qualquer caso, não mais do que trinta e pelo menos dez anos.
A pena de multa caduca dentro de um período de dez anos.
(...) A extinção das penas não tem lugar, se se trata de reincidentes, nos casos previstos nos parágrafos do art.99, ou de delinquentes habituais, profissionais ou por

⁴⁹ <<http://www.anvu.it/wp-content/uploads/2016/03/codice-penale-navigabile-4-marzo-2016.pdf>> acessado em 10/11/2016. Traduzido.

⁵⁰ GUARAGNY, Fábio André. Prescrição Penal e Impunidade – Curitiba: Juruá, 2008. P55-56

tendência; ou se ao condenado, durante o tempo necessário para a extinção da pena, é imposta uma condenação a reclusão por crime de mesma índole.⁵¹

No CP Italiano, parece ter havido a intenção de individualizar o fato segundo as circunstâncias que o informaram, estas que são capazes de diminuir ou aumentar a pena, o que por sua vez dá uma concreção maior nos casos em que se declara a prescrição antes da sentença de mérito. No Brasil, no entanto, não existe disposição semelhante inserida em nosso ordenamento. Todavia, ela é vogante através da doutrina e da jurisprudência, já que o Código Penal Brasileiro não define de que maneira são invocáveis, no cálculo da pena máxima, as circunstâncias legais (da parte especial – majorantes e minorantes – e da parte geral)⁵²

Outra diferença marcante entre o ordenamento peninsular e o nosso, é em relação ao prazo prescricional posterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória. No supracitado art. 172 do CP Italiano, prazo é calculado ao dobro da pena imposta, porém nunca menor que 10 anos e nem maior que 30 anos. Uma diferença a maior em relação aos prazos do CP brasileiro.

Além desses prazos bem maiores, ainda figura a imprescritibilidade dos casos de reincidência, nos casos do art. 99 do CP Italiano, de delinquentes habituais, profissionais ou por tendência. Nesses casos o que há na verdade é uma cessão aos princípios positivistas, nos quais é necessária evidência de ressocialização do apenado para efeitos da prescrição. O que não se mostra o melhor caminho, pois caso seja necessária a demonstração de ressocialização do apenado para fins de prescrição, a pena perde sua razão de ser, já que esta também tem seu caráter ressocializador.

Com relação aos prazos prescricionais após a pena transitar em julgado, o Código Italiano tem uma tratativa muito peculiar. O prazo prescricional da pena em concreto só começa a ser contado a partir do trânsito em julgado final. Isso acarreta fatalmente a inexistência da prescrição intercorrente superveniente à condenação. Dessa forma, a sentença em primeiro grau, a partir do seu pronunciamento, figura como causa suspensiva da prescrição. Isso se justifica de forma muito simples. Tendo em vista que a sentença foi

⁵¹ <<http://www.anvu.it/wp-content/uploads/2016/03/codice-penale-navigabile-4-marzo-2016.pdf>> acessado em 10/11/2016. Traduzido.

⁵² GUARAGNY, Fábio André. Prescrição Penal e Impunidade – Curitiba: Juruá, 2008. P.58

proferida e existe uma pena em concreto, não se pode mais falar em prescrição da ação e sim prescrição da pena. Sendo assim, não há como se correr o prazo prescricional da ação penal. Ficou entendido portanto, que até o trânsito em julgado final, a prescrição deve ficar suspensa. Tal alternativa se encaixaria bem no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que o lapso temporal entre a sentença de primeiro grau e o acórdão em segunda instância é demasiadamente grande e por muitas vezes o suficiente para o crime ser prescrito. Ora, se existe a pena de condenação, ou seja, em primeiro grau o sujeito é um criminoso, é interposto um recurso e o mérito desse recurso sequer é apreciado pela segunda instância, dada a prescrição. O vácuo entre uma decisão e outra é algo muito temerário, o que por vezes estimula a interposição de recurso com o objetivo puro e simples de se ganhar contagem de prazo prescricional. Como consequência, temos que pela demora ou até mesmo a inoperância da segunda instância é que insurge a sensação de impunidade, já que apesar ter cometido o crime e ter sido condenado em primeiro grau, o delinquente não sofrerá a sanção consignada ao ato delituoso. Em outras palavras, paira a dúvida se o agente cometeu ou não o crime, porém se realmente cometeu, restou impune.

É evidente que a persecução penal se destina ao exercício da pretensão punitiva, a qual, se não exercida por inércia do Estado, é cessada por esse desinteresse. Ora, invertendo-se a narrativa o que temos é que há um reforço quando o Estado enquanto acusador obtém o decreto condenatório. Traduzindo-se essa tese nos ensinamentos de Fabio Guaragni, temos que, no primeiro caso, o passar do tempo apaga o interesse estatal na punição do agente. No segundo, ocorre o contrário, durante o passar do tempo o Estado-acusador fortaleceu o interesse na condenação, objetivando obter sentença nesse sentido após praticar os atos persecutórios de sua responsabilidade.

Nesse sentido, sustenta Fábio Guaragni, que não deveria destoar tanto dos ordenamentos estrangeiros, no sentido de buscar-se um equilíbrio entre defesa e acusação. Da mesma forma, defende que em havendo uma ação penal ocorrida, culminando na sentença condenatória, a qual reafirmou o defendido na peça de acusação, deveria ser suspenso o prazo prescricional. Necessário frisarmos que o Ministério Público também é um tentáculo do Estado, por esse motivo a denúncia está revestida de interesse público na punibilidade do ato delituoso. Por isso, como já dito, na sentença acontece uma reafirmação do interesse público. Vejamos então tal posicionamento:

A posição do Estado-acusador ganha um *plus* a partir da sentença condenatória. No momento em que deduz a peça inaugural da ação penal – a denúncia – o Estado

afirma, através do Ministério Público, que há interesse público na punibilidade do fato. Já no comando sentencial condenatório ocorre a reafirmação da necessidade de aplicação da pena ao agente responsável pelo ilícito penal – agora pelo Estado-juiz – cujo foro de definitividade advém da qualificação dos efeitos da sentença como coisa julgada.

Por outro lado, obtida a sentença condenatória, cessam as atividades persecutórias do Estado (o recurso ministerial para majoração de pena não é atividade persecutória, pois a jurisdição de segundo grau atuará em caráter substitutivo da jurisdição *a quo*, apenas revisando a retidão da individualização do fato e da responsabilidade do agente), o qual exerceu oportunamente sua pretensão punitiva. Vem daí a perfeição absoluta do código Alemão, ao disciplinar deva ser impedida a fluência do prazo prescricional entre a sentença e o trânsito em julgado da decisão, não admitindo – por consequência – prescrição intercorrente.⁵³

Na mesma linha, há quem sustente que o prazo após o trânsito em julgado deve ser maior (e não igual) ao da pretensão punitiva. Por um motivo bem óbvio. Com o passar em julgado da sentença final, ocorre uma “re-reafirmação” do interesse público na condenação do apenado. Ficou comprovado o fato delituoso e foi consignada uma pena em concreto. Todas as etapas foram vencidas, reiterou-se que o ato delituoso necessita da punição do Estado. Explicitando tal entendimento Fábio Guaragni explica o seguinte:

Ora, se o Estado-acusador pretende a punibilidade de um fato e a obtém dentro do prazo assinado pela lei, o prazo para a execução da condenação há de ser sempre maior, sob esse prisma. Havendo a pretensão da punibilidade de um fato em tese adequável a um tipo penal, e um prazo para o exercício desta pretensão, tem-se que – uma vez reforçada a necessidade da punição – superveniência dos efeitos da pena sobre o imputado gerados pela sentença condenatória definitiva há de possuir maior tempo hábil para se concretizar. Afinal, com a sentença condenatória tornada definitiva, reitera-se a certeza de que o ato impescinde de reprimenda, reforçando-se o exercício do direito de punir do Estado.⁵⁴

Sendo assim podemos concluir o seguinte: o sistema de prazos prescricionais do CP brasileiro está a precisar de uma reforma em caráter de urgência. Primeiramente porque o indexação dos prazos para a prescrição executória está baseada no artigo 109 o qual trata da pretensão punitiva. Esse artigo que por sua vez se baseia na pena máxima em abstrato para a pretensão punitiva. Por consequência, os prazos da pretensão executória sempre serão ou menor (maioria esmagadora dos casos) ou igual aos prazos da pretensão punitiva (caso a pena seja aplicada no máximo legal). Nesse ponto, nosso ordenamento vai de encontro com os mais tradicionais ordenamentos jurídicos e maioria da doutrina.

⁵³ GUARAGNY, Fábio André. Prescrição Penal e Impunidade – Curitiba: Juruá, 2008. P.66

⁵⁴ GUARAGNY, Fábio André. Prescrição Penal e Impunidade – Curitiba: Juruá, 2008. P.67

Inclusive, vem tramitando no Senado o Projeto de Lei nº 258 de 2015 de autoria do senador Álvaro Dias (PSDB-PR) o qual visa trazer uma série de alterações no que tange ao sistema prescricional brasileiro. No assunto que temos em tela, a modificação mais significativa é o “congelamento” do prazo prescricional quando ocorre o trânsito em julgado para a acusação. A justificativa, como já dito, é que o art. 112, I do CP cria uma anomalia e até mesmo um desequilíbrio entre acusação e defesa, como se vê nas justificativas do PL a seguir:

O inciso I do art. 112 cria uma anomalia no sistema penal. Nos moldes da lei em vigor, se um juiz de primeiro grau condena o acusado a uma determinada pena e o Ministério Público (MP) concorda com a pena, não recorrendo, ocorre o trânsito em julgado para a acusação. Mas, se o réu recorre, o trânsito em julgado não alcança a defesa. A partir daí, só haverá o trânsito em julgado definitivo quando sobrevier decisão acerca do último recurso da defesa. Pelo teor do art. 112, I, ora vigente, nessa situação, o Estado não pode executar a pena. É um incentivo para a defesa continuar a recorrer, ainda mais considerando o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de entender inviável a antecipação da execução da pena ainda não transitada em julgado em razão da aplicação do princípio da presunção de inocência. O Estado, enquanto titular do poder-dever de punir, fica nas mãos do indivíduo que já tem contra si ao menos uma condenação. Com a presente alteração, a prescrição passa a correr somente quando do trânsito em julgado para todas as partes, extirpando do sistema essa incongruência sistemática. (grifo nosso)⁵⁵

São propostas que, como se vê, corroboram com as críticas que pretendemos fazer neste trabalho, com o intuito de aperfeiçoar o instituto da prescrição, e que vêm suscitando intensos debates, contra e a favor.

5.2 DEMANDAS PELA ALTERAÇÃO DO SISTEMA PRESCRICIONAL, VISTAS PELO STF EM MANIFESTAÇÕES RECENTES

As propostas de alteração mencionadas no item anterior são vistas com bons olhos por parte da Suprema Corte, inclusive o Ministro Edson Fachin, que se posicionou a respeito do mencionado projeto de lei através de um de seus artigos. Nele, o ministro elogia dentre as outras modificações, em especial a suspensão do prazo prescricional após a sentença condenatória, senão vejamos:

⁵⁵ BRASIL. Senado Nacional. Projeto de Lei 258 de 2015. Altera o Código Penal para dar novo tratamento a marcos temporais que causam a prescrição da pretensão executória e a interrupção da prescrição da pretensão punitiva. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123416>> Acesso em: 13/09/2016. Texto Original.

Neste ano, foi apresentado ao Senado o Projeto de Lei 658, que propõe alterar o Código Penal para dar novo tratamento às regras de prescrição procurando eliminar algumas incongruências. A iniciativa do senador Álvaro Dias (PSDB-PR) é da maior validade para o debate sobre as garantias constitucionais, especialmente da não culpabilidade, e sobre a percepção de impunidade.

Considerando que a inspiração socrática para uma atuação como juiz sugere sempre diálogo, debate e problematização, colho esse viés para tentar contribuir, dentro do quadro da Constituição republicana, no cultivo de boas respostas aos graves quebra-cabeças que estamos enfrentando nesta matéria.

Na proposta, a prescrição da pena já estabelecida na sentença passa a fluir apenas quando já não caibam mais recursos tanto do acusado como da acusação.

Hoje, quando o Ministério Público não recorre da sentença condenatória, por entendê-la correta, mas o acusado recorre, inicia-se a contagem do prazo, o que pode gerar uma situação de incoerência: o Estado ainda não pode executar a pena, que é provisória, todavia já tem contra si fluindo um prazo prescricional.

Situações concretas têm demonstrado que, não raras vezes, quando o Estado obtém uma sentença condenatória definitiva, após todos os recursos do acusado, não se pode mais executar a pena, porque a prescrição já se consumou. Se prevalecer A proposta de mudança, esse prazo terá início somente quando os recursos de todas as partes forem definitivamente julgados. (grifo nosso)⁵⁶

Conforme destacado no trecho acima, temos uma informação de extrema relevância. Nos é trazido que, repetidas vezes, quando temos um decreto condenatório, ele não pode ser executado, haja vista que, por conta dos recursos impetrados pelo acusado, o Estado perdeu o direito de exercer o seu *jus puniendi*. Ora, fica evidenciado o desequilíbrio nessa situação. Seria o caso de no momento do exame de admissibilidade do recurso, verificar-se se a defesa técnica não está usando de estratégias para deixar apenas o prazo correr, ou seja, recorrendo apenas com fins protelatórios. Não há como negar que essa é uma tarefa penosa, até porque esbarra nas garantias constitucionais do *due process of law* e do duplo grau de jurisdição.

O PL 658 também traz consigo a alteração do art. 112, I do CP. Atualmente quando acontece o trânsito em julgado para a acusação, o prazo prescricional continua correndo ainda que exista recurso da defesa. Com a modificação, o prazo prescricional ficaria suspenso até que fosse exarada a decisão final. Segundo a redação proposta, onde se lia:

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

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

⁵⁶ FACHIN, Luis Edson. Prescrição Criminal e Impunidade, 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2015/10/1692550-prescricao-criminal-e-impunidade.shtml>> Acesso em 13/09/2016

Vai vigorar o que segue:

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

I – do dia em que transita em julgado a sentença condenatória ou a

que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional; (Grifo Nosso)

Pretende-se com esta modificação coibir a interposição infundada de recursos, com o especial fim de protelar e fazer com que o prazo prescricional ganhe robustez, o que inclusive como bem disse o Ministro Edson Fachin, acontece com a maior frequência no judiciário.

Inclusive pode-se traçar um paralelo dessa prática de interposição de recursos protelatórios, com o recente julgamento do STF a respeito da execução antecipada da pena a qual foi julgada no dia 05/10/2016. Nela ficou entendido que o réu que recorre já em segunda instância pode ser preso antecipadamente, conforme verificamos na ementa a seguir:

Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

(HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)⁵⁷

O Ministro Barroso faz uma brilhante análise em seu voto a respeito dessa interposição de recursos exagerada. Fala inclusive a respeito da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva que acaba por gerar a sensação de impunidade e ainda por gerar imenso descrédito em relação ao sistema penal, senão vejamos:

Em terceiro lugar, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Em ambos os casos, produz-se deletéria sensação de impunidade, o que compromete, ainda, os objetivos da pena, de prevenção especial e geral. Um sistema de justiça

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Paciente: :MARCIO RODRIGUES DANTAS. Coator: RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator: Ministro Teori Zavascki. Acessado em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> > em 06/10/2016

desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.⁵⁸ (Grifo Nosso)

Depreende-se portanto que a corte maior também entende que não é aceitável que o réu já condenado interponha recursos apenas para se manter impune, alcançando a possibilidade de ver-se livre da pena pelo decurso do prazo prescricional, escoado durante essa extensa – e talvez abusiva, em certos casos – trajetória recursal.

Tanto é verdade que o ministro Luís Roberto Barroso fala em seletividade do sistema penal, haja vista que a possibilidade de recurso não é universal. Na maioria das vezes, quem tem condições de recorrer à segunda instância possui condições financeiras de grande aporte. Dessa forma torna-se mais simples encarcerar um agente delituoso menos favorecido financeiramente do que um empresário ou até mesmo alguém ligado a política. Vejamos o referido trecho:

Em segundo lugar, reforçou a seletividade do sistema penal. A ampla (e quase irrestrita) possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo aos réus abastados, com condições de contratar os melhores advogados para defendê-los em sucessivos recursos.

Em regra, os réus mais pobres não têm dinheiro (nem a Defensoria Pública tem estrutura) para bancar a procrastinação. Não por acaso, na prática, tornase mais fácil prender um jovem de periferia que porta 100g de maconha do que um agente político ou empresário que comete uma fraude milionária.⁵⁹

Nossa estrutura jurídica, sobretudo no que concerne à Defensoria Pública, não comporta a realidade de nosso processo penal. Muito disso porque no ordenamento penal, na parte de recursos, um rol de garantias constitucionais para o acusado, porém estas dependem da provocação por parte da defesa do mesmo para que possam vigorar. Haja vista nossa

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Paciente: :MARCIO RODRIGUES DANTAS. Coator: RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator: Ministro Teori Zavascki. Acessado em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> > em 06/10/2016.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Paciente: :MARCIO RODRIGUES DANTAS. Coator: RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator: Ministro Teori Zavascki. Acessado em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> > em 06/10/2016

população carcerária, que diga-se de passagem é a 4ª maior do mundo⁶⁰ vemos que não é bem isso que ocorre. A defensoria pública atualmente não tem nem material humano muito menos estrutura física para comportar tal número de recursos. Dessa forma torna-se impossível falar-se em garantias constitucionais, processo penal garantista, se não há quem pleiteie tal demanda para o titular desse direito.

Voltando ao projeto de lei citado anteriormente, este ainda trata da modificação de um dos atos interruptivos da prescrição. Atualmente o marco interruptivo inicial era pelo recebimento da peça acusatória pelo magistrado. No projeto essa interrupção se daria pelo oferecimento da denúncia pelo Ministério Público ou do querelante nos casos de ação penal privada ou subsidiária da pública. Portanto, onde se lia:

Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa

Se lerá:

Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – pelo oferecimento da denúncia ou queixa (Grifo nosso)

Dessa forma se buscaria evitar com que muitos casos deixassem de ser apreciados pelo judiciário pela morosidade na apreciação da lide pelo magistrado. Como já dito, a morosidade é um problema real em nosso sistema judiciário, sendo assim ao que aparenta os projetos de lei vem tentando se moldar a essa infeliz realidade.

Essa modificação do marco inicial citada acima vem sofrendo críticas no sentido de que para se evitar interrupções baseadas em denúncias ou queixas abusivas, vazias, vindicativas ou ineptas, achava-se por bem manter o marco interruptivo da prescrição no recebimento da peça acusatória pelo magistrado. No entender de Pedro Paulo de Medeiros, ex-Conselheiro Federal da OAB, o Estado é um só, seja ele o MP, o Judiciário ou a Polícia. Portanto, se a deficiência é do Estado é ele quem tem que ser tratado e não delegar a um órgão ou outro a a demora na finalização do processo. Vejamos a seguir tal posicionamento:

Ainda sobre o PLS 658/2015, quanto a se modificar o ato de interromper o fluxo de prescricional pelo oferecimento, ou invés de recebimento da peça acusatória, esse

⁶⁰ <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83669-estatisticas-revelam-aumento-das-condenacoes-de-encarceramento>

momento processual já foi objeto de longa discussão pelo Grupo de Trabalho Anticorrupção do Ministério da Justiça, que apresentou proposta no sentido de se manter como marco interruptivo o recebimento, e não o oferecimento, da Denúncia ou Queixa, pois não poderia ser o Ministério Público ou querelante o titular único da interrupção da prescrição, mas sim o Judiciário — cujos atos são sindicáveis e conhecidos por via de recursos previstos em lei — evitando-se interrupções baseadas em denúncias ou queixas abusivas, vazias, vindicativas ou ineptas. O Estado é um só (Polícia, MP e Judiciário); se há ineficiência ou inoperância, que se trate o Estado de forma uniforme, não tentando impor a um só ente a demora pela finalização dos processos.⁶¹

Não é o posicionamento que achamos o mais coerente, tendo em vista que conforme dito pelo próprio autor, o MP faz parte do Estado, sendo assim goza de presunção de legitimidade. Não há como se falar portanto em queixas abusivas ou vazias já que é o próprio Estado quem vai ingressar em juízo e julgar aquela demanda.

Outro ponto o qual merece modificações são os prazos para o exercício da pretensão executória, tendo em vista que a prescrição tem lugar a medida que a passagem do tempo torna inútil a aplicação da pena, que por seu turno traz a tona o desinteresse do Estado na punibilidade a qual ele renuncia. Destarte, a renúncia do Estado só pode ser aceita em espaços de tempo maiores, pena de inexplicável contra senso, pois que, ter o Estado um prazo determinado para ver confirmado seu direito pelo órgão jurisdicional e, após ratificado este direito, ter um prazo reduzido para fazê-lo vigorar.⁶²

Ilustrando-se essa ideia, imaginemos que um Estado tenha um valor X de anos para exercer sua jurisdição. Ora, por óbvio deve ter esse valor X mais um valor Y para fazer cumprir a condenação alcançada por meio do processo penal. Caso contrário, o Estado afirmaria seu desinteresse no cumprimento de uma pena em tempo inferior ao que levou para que fosse verificada a necessidade dessa pena.

5.3 CRÍTICA AO ARTIGO 112, INC. I DO CÓDIGO PENAL

O artigo 112, I do CP trata do marco inicial da contagem do prazo para exercício da prescrição executória. Nesse sentido, ele diz que a prescrição só poderá ser iniciada havendo o trânsito em julgado para a acusação, senão vejamos:

⁶¹ <http://www.conjur.com.br/2015-out-16/pedro-medeiros-pl-altera-prescricao-inaplicavel-cenario-atual>

⁶² GUARAGNY, Fábio André. Prescrição Penal e Impunidade – Curitiba: Juruá, 2008. p.70-71

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

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

Sendo assim, ocorrendo o trânsito em julgado para a acusação, começará a correr o prazo da execução, ou em outras palavras, o prazo para que o Estado exerça o seu *jus executionis*.

Ocorre que, tecnicamente, a redação do inciso I é demasiadamente inapropriada, tendo em vista que, apesar de ter ocorrido o trânsito em julgado para a acusação e recorrendo a defesa, o processo inquisitório está em pleno andamento, ainda que em uma segunda instância. Chega-se a conclusão portanto de que a fase executória ainda não se iniciou. Ora, dessa forma não como se falar em fase executória, já que, sob a ótica do processo penal, ainda não ocorreu o trânsito em julgado definitivo.

O efeito que o inciso I acaba por produzir é o cerceamento da pretensão de executar do Estado, sob a justificativa de seu desinteresse na pena. Porém, não é dado ao Estado qualquer chance, após o referido trânsito em julgado para a acusação, a chance de demonstrar tal interesse. Em resumo: corre o lapso temporal destinado à extinção do direito em período no qual sequer pode ser exercido.⁶³

O que nos parece aceitável é que a execução da pena só se inicia ocorrendo o trânsito em julgado absoluto, ou seja, para ambas as partes, para que aí sim se inicie a fase de execução da pena.

Nesse mesmo sentido a doutrina vem se manifestando a esse respeito. No entender de Aloysio de Carvalho Filho, é necessário que se aguarde que a sentença transite em julgado para que a fase de execução passe a ocorrer. Por conseguinte, que o prazo prescricional da execução também passe a correr. Vejamos o ensinamento do doutrinador:

(...) a prescrição da pena (...) só existe depois de transitada em julgado a condenação, é claro que a sentença que assinala o ponto originário da prescrição é aquela que já se tornou definitiva. (...) Sentença passada em julgado, para esse ou qualquer efeito, é aquela que não houve recurso, ou em que, havendo, não foi provido. Para que a prescrição comece a correr, há que esperar, portanto, pela intimação ao acusado, e pela decorrência, dessa data, do lapso

⁶³ GUARAGNY, Fábio André. Prescrição Penal e Impunidade – Curitiba: Juruá, 2008. P.136

para o recurso. Não interposto, este, no prazo legal, a sentença preenche a condição para ser executada, como definitiva que é. Inaugura-se, nesse momento, o curso da prescrição da pena.⁶⁴

O que se deve ter em vista é que o que importa na verdade é a exequibilidade da sentença. Esta que é inexistente até que seja firmada para ambas as partes. O *jus executionis* só deve estar disponível quando ocorre o trânsito em julgado final, ou seja para ambas as partes.

Uma ilustração muito boa nos traz o professor Fabio Guaragny, senão vejamos:

Note-se que no caso concreto, o art. 112, inc. I, primeira parte do código Penal, implica numa redução do tempo destinado ao exercício do direito de executar de que é titular o Estado. Suponha-se o seguinte exemplo: X é condenado a 8 meses de pena privativa de liberdade, transitando a sentença em julgado para o Ministério Público em 20/10/1997. O réu apela. Cerca de um ano e seis meses após, em 20/04/1999, transita em julgado o acórdão que houve pelo improvimento da apelação da defesa. O condenado mudou-se para local não sabido neste meio tempo. A partir de 20/04/1999, com o trânsito em julgado (...) a sentença firmou-se para ambas as partes. Então, está o aparelho estatal autorizado a praticar os atos no sentido de localizar o sentenciado, submetendo-o à pena. Para tanto, porém, terá apenas 6 meses, ao invés de 2 anos que caberiam pelo art. 109, inc. VI c.c. art. 110, do CP, eis que o prazo prescricional iniciara a fluir ainda em 20/10/1997, aproveitando ao sentenciado todo o interregno durante o qual se operou a fase recursal, período no qual – paradoxalmente – o Estado estava proibido de iniciar a execução da pena.⁶⁵

Pode-se perceber, portanto, o desequilíbrio na relação jurídica entre acusação e defesa. O exemplo acima inclusive dá embasamento ao julgado do STF o qual validou a execução provisória da pena. Como muito bem disse o Ministro Barroso, a sucessão de recursos vem encaminhando ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva. Tais casos, na opinião do ministro, vêm conduzindo a uma séria sensação de impunidade, e ele ao final de sua reflexão ainda diz o seguinte: ‘Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados’⁶⁶.

⁶⁴ CARVALHO FILHO, Aloysio. Comentários ao Código Penal. Vol. IV, 4ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p.393

⁶⁵ GUARAGNY, Fábio André. Prescrição Penal e Impunidade – Curitiba: Juruá, 2008. P.138

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Paciente: :MARCIO RODRIGUES DANTAS. Coator: RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator: Ministro Teori Zavascki. Acessado em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> em 06/10/2016

O que se conclui é que a não punição definitiva pelo Estado abre uma enorme brecha para a impunidade e, por conseguinte, para o caos social. Dessa forma, não restou outra escolha ao Estado além recrudescer, sendo assim, a Suprema Corte firmou esse entendimento, ainda que sofrendo muitas críticas.

Entendemos porém que apesar de inovador e de atropelar algumas garantias constitucionais, a decisão vem para responder ao apelo do povo mais abastado, o qual já não percebia as citadas garantias, porém que já se encontra saturado do julgamento seletivo no qual é sempre réu. Reproduzindo o que foi dito por Barroso, ‘Um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados.’, ou seja a justiça sem a moral não interessa à todas as partes envolvidas.

CONCLUSÃO

Conforme vimos, a prescrição foi processada lentamente ainda na época antes de Cristo, no período Romano e, ainda que bem rudimentar, cumpria a sua finalidade, porém a prescrição atacava a ação e não o direito de punir. Já na Era Moderna, mais precisamente na Revolução Francesa, é que então surge a prescrição do direito de punir do Estado, esta que se disseminou pelos países vizinhos, como Itália e Alemanha.

As Ordenações Filipinas que eram as leis vigentes a época em Portugal no século XV, foram introduzidas no Brasil por ser sua colônia e por conseguinte deveria seguir a mesma legislação da pátria colonizadora. Porém nas ordenações Filipinas ainda não tínhamos previsão de prescrição, a qual só veio a ser introduzida em 1832 com o Código Penal. Ela passou por algumas adaptações ao longo dos anos de 1890 até 1923 passando-se pelas reformas, até que se chegasse a 1984, quando através de jurisprudência fosse implementada a prescrição retroativa que mais tarde ganharia força de lei. E dessa forma chegamos a prescrição que ainda vigora em nosso ordenamento.

Ainda abordamos a respeito da natureza jurídica, a qual indagamos se esta é instituto pertencente à seara processual penal ou à seara de direito material. Ficou assentado que boa parte da doutrina acredita ser pertencente ao direito material, este que inclusive é nosso posicionamento. Apontamos ainda a existência da terceira corrente que é a que defende a Teoria Mista, que é justamente a junção das duas teses, passando a prescrição a ter características tanto processuais, tanto materiais.

Mais adiante ainda procuramos elucidar a respeito dos motivos os quais dão ensejo à prescrição, ponto este que citamos alguns autores clássicos, como Cesare Beccaria e Michel Foucault, os quais nos auxiliaram a compreender melhor as causas as quais levaram a prescrição a ser adotada como este clássico Instituto do direito. Procuramos também trazer a classificação e conceituação feita pela doutrina no que tange à Prescrição Penal. Além disso, apresentamos algumas teorias as quais explicam o porquê da aplicação da prescrição.

Em capítulo próprio abordamos as diferentes espécies de prescrição, sua origem e desenvolvimento ao longo do tempo, além de apresentar suas características individualmente. Em certos pontos até nos posicionamos, ainda que bem sutilmente.

Tecemos algumas críticas a respeito dos prazos prescricionais vigentes em nosso ordenamento os quais não se encontram compatíveis com o atual judiciário o qual se encontra emperrado de processos. Trouxemos ainda algumas das mais razões mais relevantes que contribuem com a morosidade da justiça e que por sua vez não condiz com o prazo prescricional adotado pelo nosso ordenamento. Apresentamos as mudanças que já vêm ocorrendo, como por exemplo com o Projeto de Lei 258 de 2015 do Senado, o qual procura modificar as regras da prescrição, bem como traçamos um paralelo com o recente julgado do STF a respeito da Execução Antecipada da Pena como forma de garantir o cumprimento da mesma.

Por último, tratamos do Art. 112, inc. I primeira parte, o qual também foi objeto de crítica nossa. Pareceu claro que o efeito que o referido dispositivo acaba por produzir é o cerceamento do direito do Estado de exercer seu *jus puniendi* através do seu *jus executionis* tendo em vista que o prazo para a execução já foi decorrido, sendo que sequer foi oferecida a oportunidade ao Estado de executar de fato a pena imposta. Essa não execução acarreta um clamor por uma punição mais rígida ou minimamente uma punição a quem cometeu algum delito para que não paire sobre o Estado a sensação de impunidade.

Este trabalho pretendeu estabelecer algumas reflexões críticas sobre o tema proposto. A título de conclusão, percebemos que a prescrição é um instituto jurídico de grande importância, já que ninguém pode permanecer toda a vida aguardando uma punição, em vista de um comportamento praticado em um passado distante. Esse poder/direito de punir, de que o Estado é titular, precisa observar certos limites, e um deles é a prescrição. Contudo, se houver abusos – sobretudo pelo excesso de recursos possíveis que se estendem no tempo, retardando a execução da pena imposta, a prescrição pode-se transformar em um instrumento prejudicial à sociedade e amiga da delinquência, razão pela qual pode merecer reparos e aperfeiçoamentos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALTAZAR, Antonio Lopes. Prescrição Penal. Bauru: Edipro, 2003

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas: São Paulo: Martin Claret, 2001.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Manual de direito penal. Parte Geral. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997,

BRASIL. Senado Nacional. Projeto de Lei 258 de 2015. Altera o Código Penal para dar novo tratamento a marcos temporais que causam a prescrição da pretensão executória e a interrupção da prescrição da pretensão punitiva. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123416>> Acesso em: 13/09/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292/SP. Paciente: :MARCIO RODRIGUES DANTAS. Coator: RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator: Ministro Teori Zavascki. Acessado em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> > em 06/10/2016

CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal*, Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

DELMANTO, Celso. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 11ed. Rio de Janeiro. Impetus. 2009.

FACHIN, Luis Edson. Prescrição Criminal e Impunidade, 2015. Disponível em:< <http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2015/10/1692550-prescricao-criminal-e-impunidade.shtml>> Acesso em 13/09/2016.

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

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Petrópolis, Vozes. 1987.

GARCIA, Basileu. Instituições de direito penal. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte geral. 11.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, v.1

GUARAGNY, Fábio André, Prescrição Penal e Impunidade – Curitiba: Juruá, 2008.

HUNGRIA, Nelson. Revista Forense, volume 78, p. 589.

JESUS, Damásio de. Direito Penal. Parte Geral. 33ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.762.

LOZANO JR., José Júlio. Prescrição Penal. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARQUES, José Frederico. Curso de Direito Penal. São Paulo; Saraiva, 1956, v.3, p.412

MOSSIN, Heráclito Antonio. Prescrição em Matéria Criminal. 2ªed. Leme/SP: Editora JHMizuno, 2015, p.15.

NORONHA, E. Magalhães, Direito Penal – São Paulo: Saraiva, 2001.pág. 362.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Moisés do Socorro de. O Poder Judiciário: morosidade.. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 96, 7 out. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4306>>. Acesso em: 13 out. 2016.

PRADO, Luiz Regis. Comentários ao código penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARDE, Gabriel de. A opinião e as massas. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.