

Universidade Federal do Paraná

O SISTEMA PRESCRICIONAL BRASILEIRO

COMO FATOR DE IMPUNIDADE

**Fábio André Guaragni, sob orientação do
Professor Dr. Luiz Alberto Machado.**

Curitiba/1997

Universidade Federal do Paraná

Mestrado

Concentração em Direito Penal

O SISTEMA PRESCRICIONAL BRASILEIRO

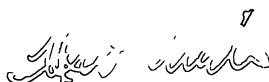
COMO FATOR DE IMPUNIDADE

Fábio André Guaragni, sob orientação do
Professor Dr. Luiz Alberto Machado.
Dissertação apresentada como requisito
parcial para a obtenção do grau de
mestre em Direito Penal.

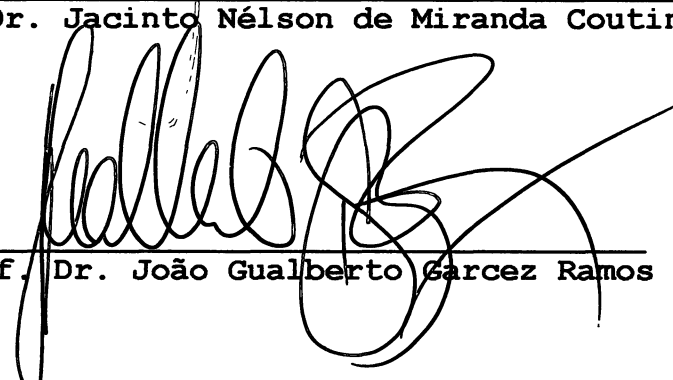
Curitiba/1997

TERMO DE APROVAÇÃO

Prof. Dr. Luiz Alberto Machado



Prof. Dr. Jacinto Nélson de Miranda Coutinho



Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos



AGRADECIMENTOS

Ao Dr. LUIZ ALBERTO MACHADO, que em 1994 trouxe-nos a inspiração deste trabalho, iluminando-o com a força de sua criatividade, por ocasião das memoráveis mesas de Direito Penal, tornando-se com naturalidade Professor-Orientador.

Ao Ministro FÉLIX FISCHER, sempre Professor e amigo, pelo incentivo incessante ao longo de quatro anos, pela crítica das idéias deste trabalho e pelo auxílio bibliográfico.

Ao Professor RENÉ ARIEL DOTTI, que - com cultura e autoridade - nos apontou o "caminho das pedras" na difícil tarefa da escrita jurídica, livrando-nos das amarras da autocrítica excessiva.

Ao Dr. OLYMPIO DE SÁ SOTTO MAIOR NETO, que no comando do Ministério Público do Estado do Paraná, sempre nos permitiu os deslocamentos das Comarcas em que trabalhamos para frequência aos créditos, viabilizando nosso sonho.

Ao Dr. GILBERTO GIACÓIA, o qual, na qualidade de Procurador Geral de Justiça, deu-nos o apoio necessário à conclusão do Mestrado.

ABREVIATURAS

Ac. - Acórdão

Bol. IBCCrim.- Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Cass.- Corte de Cassação (Itália)

CF- Constituição Federal

CP - Código Penal

CPP- Código de Processo Penal

LECr- Ley de Enjuiciamiento Criminal (Espanha)

HC- Habeas Corpus

RE- Recurso Extraordinário

RHC- Recurso de Habeas Corpus

RT- Revista dos Tribunais

RTJ- Revista Trimestral de Jurisprudência (STF)

STF - Supremo Tribunal Federal

StGB- Strafgesetzbuch (Código Penal - Alemanha)

STS- Sentença do Tribunal Supremo (Espanha)

TACRIM-SP - Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo

TJRS- Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TS- Tribunal Supremo (Espanha)

SUMÁRIO

I- Apresentação.....	07
II- Introdução.....	10
III- Noções Básicas.....	11
III.1- Breve Histórico da Prescrição Penal.....	11
III.2- Notícia Histórica da Prescrição Penal no Direito Brasileiro.....	13
III.3- Fundamentos da atuação da Prescrição no direito Penal.....	16
III.3.1- Aliança com as Teorias Relativas da Pena.....	27
III.4- Natureza Jurídica da Prescrição Penal.....	37
IV- Crítica ao Sistema de Prazos Prescricionais adotado no CP brasileiro.....	52
V- Crítica ao Sistema de Atos Interruptivos da Prescrição adotado no CP brasileiro.....	79
VI- Crítica à prescrição retroativa adotada no CP brasileiro.....	107
VI.1- A pena em concreto como critério para contagem da prescrição da pretensão punitiva: notícia histórica.....	107
VI.2- Abordagem ao artigo 110, parágrafo 2o., CP.....	119
VII- Crítica ao art. 112, inciso I, primeira parte, do CP brasileiro.....	158
VIII- Considerações Finais.....	167
IX- Conclusões Parciais.....	174
X- Conclusões Gerais.....	185
XI- Bibliografia.....	186

I- Apresentação

Neste trabalho, busca-se pontuar os motivos pelos quais, no Brasil, a prescrição penal - tanto da pretensão punitiva quanto da pretensão executória - se tornou fator de impunidade cuja ação, ao lado de circunstâncias de ordem múltipla (majoritariamente estranhas ao direito e ao processo penal), têm tornado insustentável o combate da criminalidade no país.

As razões pelas quais apresenta-se a prescrição penal como verdadeiro fator de impunidade, apartando-se de sua original missão de atuar em níveis razoáveis - em termos de política criminal - como causa extintiva de punibilidade, encontram-se tanto na própria sistemática em que está vazado, no CP brasileiro, o instituto, como no excessivo liberalismo que caracteriza a jurisprudência nacional em temas de direito penal.

Referida sistemática adotada pelo CP implica, inúmeras vezes, numa aplicação da causa extintiva da punibilidade em tela absolutamente divorciada de seus próprios fundamentos, o que transparece a partir da diminuição dos prazos prescricionais em relação ao exercício da pretensão executória quando cotejados com os prazos destinados ao exercício da pretensão punitiva (ocorrente na prática pela adoção dos parâmetros do art. 109, CP, para

incidência da pena concretizada na sentença, consoante art. 110, "caput"), da insuficiência das causas interruptivas do prazo prescricional atinente ao exercício da pretensão punitiva, da acolhida da prescrição retroativa no ordenamento jurídico (atualmente, art. 110, parágrafo 2o) e da adoção de termo "a quo" do prazo prescricional completamente inadequado em relação à pretensão executória (art. 112, inciso I, primeira parte).

Já o excessivo liberalismo de nossa jurisprudência levou, por exemplo, à edição da Súmula 146, do E. STF, que serviu de base para as reformas cujo ponto culminante foi a inserção da prescrição retroativa no ordenamento penal, acima destacada.

O conjunto de situações postas em destaque, por possuírem em comum o fato de intensificarem sobremaneira a atuação da prescrição penal, fazendo-a incidir em relação a casos em que de modo nenhum há desinteresse do Estado no exercício do "jus puniendi", dão objeto à pesquisa.

A metodologia adotada busca prezar o rigor científico, priorizando-se as citações de fontes nos originais (assim não se apresentando apenas excepcionalmente, quando a citação indireta for mais apropriada à idéia transmitida ou diante da escassez de material

bibliográfico, notadamente estrangeiro), bem como alinhando-se os vários aspectos explorados num encadeamento sucessivo e lógico. Sob o título "noções básicas" encontram-se reunidos temas atinentes à prescrição cuja compreensão serve como pressuposto comum aos aspectos do sistema positivado no CP que servirão por objeto à crítica. Estes, a seu turno, são analisados um a um, chegando-se, finalmente, à uma conclusão geral e à síntese das conclusões parciais.

II- Introdução

Desejamos demonstrar, a um, que o tratamento do tema prescrição, "de lege lata", é por demais liberal, refletindo em fator que, antes de proteger o "jus libertatis" sobre que arrimado o estado de direito (como princípio constitucional e, especificamente, de política criminal), está a fomentar o senso de impunidade que grassa e faz fortalecer a delinqüência.

A dois, que referido liberalismo encontra espeque em fundamento equívoco, à luz dos pilares que dão azo ao instituto da prescrição da pretensão punitiva e executória, consoante paradigmas legislativos de outros países, e diante da boa doutrina, findando em construção legislativa inadequada, como exemplificam a denominada prescrição retroativa, a sistemática legal de causas interruptivas, a tábua de prazos do art. 109 comum à prescrição das pretensões punitiva e executória e a adoção de termo "a quo", para o fluxo do prazo prescricional relativo ao exercício da pretensão executória, incompatível com o próprio exercício desta.

Eis a nossa proposta.

III- Noções Básicas

III.1- Breve Histórico da Prescrição

Penal

A prescrição da ação penal, segundo noticia LORENZO MORILLAS CUEVA ⁽¹⁾ com apoio em BERNER e MANZINI, tem origem no direito romano, tendo sido estatuída na "Lex Julia de Adulteriis", em 18 a.C., voltando-se para os crimes de estupro, adultério e lenocínio, aos quais fixava prazo prescricional de 05 anos. Posteriormente, foi estendida à generalidade dos crimes, com prazo vintenário ("crimina publica"), ressalvadas exceções de imprescritibilidade para crimes especialmente graves e prazos quinquenais em crimes de menor ofensividade.

Admite MORILLAS CUEVA, amparado em PESSINA, ZERBOGLIO e CUELLO CALÓN ⁽²⁾ não obstante, referências gregas pretéritas - nas narrações de DEMÓSTENES e LÍSIAS - sobre a prescrição, calcadas na dificuldade de colher provas e demonstrar a inocência.

A influência exercida pelo direito romano na Idade Média traz consigo a prescrição da ação penal, exceto em relação à Inglaterra, em que vigorava a

¹- LORENZO MORILLAS CUEVA. "Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas", p. 12.

⁰²- Ibid., p. 13.

imprescritibilidade dos crimes e penas como regra, cuja preservação vem aos dias de hoje, consoante leciona HANS-HEINRICH JESCHECK ⁽³⁾ No mesmo sentido, entre nós, CHRISTIANO JOSÉ DE ANDRADE ⁽⁴⁾ dando conta de que o direito penal inglês admite apenas excepcionalmente a prescrição, mantendo-se fiel à parêmia "nullum tempus occurrit regi".

O Direito Germânico, sem embargo da base romanística, acolheria a prescrição somente a partir dos séculos XVI e XVII. ⁽⁵⁾

No final do século XVIII (com a Revolução Francesa) e começo do século XIX, através do Código Penal de 1791 e do Código de Instrução Criminal de 1808, introduz-se na França a idéia de prescrição da execução da pena. Este diploma legal, fazendo previsão ainda da prescrição da ação penal, foi o precursor da positivação do instituto na grande maioria dos Códigos Penais modernos, nos quais figura atuando tanto em relação à ação penal (ou "prescrição do crime", sob enfoque material) quanto em relação à execução da pena (ou "prescrição da pena", também

³ HANS-HEINRICH JESCHECK. "Tratado de Derecho Penal", vol. II, p. 1.243.

⁴ CHRISTIANO JOSÉ DE ANDRADE, "Da prescrição em matéria penal", p. 4. Neste sentido, ainda, ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, Comentários ao Código Penal. Vol. IV, p. 227-228, aduzindo que o grau de excelência alcançado pela justiça inglesa comportaria "tão rigorosos aspectos" no tratar com a prescrição penal.

⁵ MORILLAS CUEVA, op. cit., p. 14. Entre nós, CHRISTIANO JOSÉ DE ANDRADE, op. cit., p. 03.

sob viés jurídico-material). ⁽⁶⁾ Neste passo, aparecem a prescrição da execução penal e da ação penal na Espanha em 1.848, na Alemanha em 1.870 e na Itália em 1.889, conforme aponta NAVARRO GARCÍA. ⁽⁷⁾

III.2- Notícia Histórica da Prescrição no Direito Brasileiro

No Brasil, conforme notícia histórica trazida por ALOYSIO DE CARVALHO FILHO ⁽⁸⁾ a prescrição da ação penal foi contemplada pelo Código de Processo Criminal de 1.832, adotando a afiançabilidade ou inafiançabilidade do crime, bem como a ausência ou presença do réu em lugar conhecido, como critérios relevantes para sua aplicação. Assim, o art. 55 lançava previsão de inexistência do decurso do lapso prescricional quando ausente em lugar não sabido ou no estrangeiro o réu, nos casos de crimes afiançáveis (fluía o prazo se, ausente, o réu estivesse em lugar sabido). Já o art. 56 previa que, para crimes inafiançáveis, estando o réu ausente, sabido o lugar ou não, o lapso prescricional não fluía.

⁶- MORILLAS CUEVA, op. cit., p. 14. Entre nós, ANTONIO RODRIGUES PORTO, "Da prescrição Penal", p. 25, CHRISTIANO J. DE ANDRADE, op. cit., p. 04.

⁷- RAUL NAVARRO GARCÍA. "La prescripción en el derecho penal". In: Criminalia, n. 09-10, p. 308, assinalando que a "prescrição da pena" era desconhecida no direito canônico e romano.

⁸- CARVALHO FILHO, ALOYSIO DE. op. cit., pp. 228-233.

Por outro lado, exigia-se a presença ininterrupta do réu no local da jurisdição criminal, prescrevendo então os crimes inafiançáveis em 10 anos e os afiançáveis em 06 anos.

Com o advento da Lei 261, de 03 de dezembro de 1.841, bem como do Regulamento 120, de 31 de janeiro de 1842, abrandou-se o rigor da legislação de 1.832, restringindo-se as situações em que o prazo prescricional não fluía. Assim, nos crimes inafiançáveis, quando ausente o réu, no Império ou estrangeiro, não corria a prescrição, estabelecendo-se entretanto o prazo de 20 anos quando, no mesmo tipo de crime, estivesse o imputado em lugar sabido no Império, bem assim o prazo de 10 anos se, neste caso, fosse afiançável o crime. No mais, mantinham-se os prazos da legislação pretérita.

Importantes modificações surgem a partir do Decreto 774, de 20 de novembro de 1.890: a um, prenuncia a adoção da pena máxima como critério para calcular prazos prescricionais (atualmente acolhido pelo art. 109, CP, no tocante à prescrição da pretensão punitiva), bem como deixa de considerar a ausência ou presença do réu como relevante para a fluência do curso do prazo prescricional (importando, não obstante, a ausência do imputado no estrangeiro, hipótese em que era possível a prescrição, com prazo todavia mais longo). A dois, positiva

no ordenamento jurídico-penal brasileiro, pela primeira vez, a "prescrição das penas". Destacava ALOYSIO DE CARVALHO FILHO ⁹⁾ o alcance do "notável diploma liberal", cuja letra:

"...abolia a pena de galés, reduzia ao máximo de 30 anos as penas perpétuas, mandava computar, na execução da pena, o tempo da prisão preventiva."

Na seqüência, o CP de 1890 entrou em vigência, assentando a prescrição da pena em prazo igual ao da prescrição da ação, conservando em 20 anos o prazo prescricional máximo (até hoje adotado, conforme art. 109, inc. I, CP) e desconsiderando a presença ou ausência do réu, seja no território nacional ou no estrangeiro, como aspecto de interesse no tocante à prescrição penal (todavia, leis posteriores excepcionaram o fluxo do prazo, quanto a determinados crimes, uma vez estivesse o réu ausente no estrangeiro, a exemplo da Lei 515, de 03 de novembro de 1.898, do Decreto 4.780, de 27 de dezembro de 1.923 (ambos relacionados aos crimes de moeda falsa) e do Dec. 4.811, de 29 de novembro de 1.924, tocante a crimes políticos).

Através do Decreto 4.780, de 27 de dezembro de 1.923, revisaram-se os prazos, preservando-se

⁹⁾- *Ibid.*, p. 228.

contudo o lapso mínimo de 1 ano e o máximo de 20 anos para a prescrição.

Finalmente, editou-se o Código Penal de 1.940, em vigor com inúmeras alterações, nomeadamente a partir da reforma de 1.984, cujo desenvolvimento histórico será demonstrado oportunamente e de maneira particularizada em relação aos aspectos críticos do sistema prescricional erigido pelo CP brasileiro adotados como tema. ⁽¹⁰⁾

III.3- Fundamentos da atuação da Prescrição no direito penal

O estabelecimento dos fundamentos da prescrição é tema cuja discussão se perpetua, no âmbito da doutrina penal, há mais de dois séculos, sem contudo haver-se chegado a um consenso.

Partindo-se do contratualismo de ROUSSEAU, a quebra do dever de abster-se de determinadas condutas, por parte do sujeito ativo de crime, importaria necessariamente na imposição da pena, com a finalidade do restabelecimento da situação harmônica originada no denominado "contrato social".

¹⁰- Para um histórico da prescrição penal no direito brasileiro mais detalhado, v. CHRISTIANO J. DE ALMEIDA, op. cit., pp. 05-11.

Na linha filosófica de KANT, forte no início do século XIX, a pena aparece como retorsão necessária à conduta, retribuindo o mal praticado com outro mal. Deste modo, figura sua aplicabilidade como irrenunciável. Imersos à época neste universo filosófico, pensadores como BECCARIA, SERVIN, OERSTED, HENKE, ZACARÍAS, BENTHAM e GRÜNDLER posicionam-se contrariamente à existência da prescrição, por representar perigo à ordem social...

"...puesto que dejando abierta una puerta a la impunidad excita a la perpetración de los delitos." (11)

A Escola Positiva, baseada na corrente filosófica do positivismo de COMTE e com representatividade principalmente na Itália, através de FERRI (a quem coube o desenvolvimento da denominada "sociologia criminal") e GAROFALO, aceitava a prescrição penal, desde que ficasse evidenciada a inexistência de perigo para a sociedade na não punibilidade do agente infrator. Assim é que MORILLAS CUEVA (12) assinala que a Escola Positivista não dava à prescrição

¹¹- MORILLAS CUEVA, op. cit., p. 19. Todavia, BECCARIA recusava a prescrição para os "crimes atrozes", enquanto BENTHAM, no mesmo passo, a questionava em casos de "crimes maiores", não ocorrendo, assim, uma negação absoluta de sua aplicabilidade.

¹²- MORILLAS CUEVA, op. cit., pp. 19-20, arrolando a Escola Positivista dentre as teorias negativas da prescrição, aspecto comungado por inúmeros doutrinadores. Parece-nos mais correto o posicionamento da Escola Positiva dentre as "teorias positivas" da prescrição, porquanto - não obstante as restrições - a Escola findava por admiti-la, inclusive, sob o fundamento da ressocialização do delinquente, no que dá

valor absoluto e genérico "a priori", porém procurava adequá-la ao caso concreto, o que fica bem exemplificado em GAROFALO, o qual propõe a substituição, como requisito da prescrição, de um elemento negativo (ausência de novo crime) por um positivo (prova de transformação moral por parte do delinqüente) e, "a contrario sensu", não admite a prescrição para criminosos incorrigíveis.

A par de não se ter imposto, a Escola Positiva marcou profundamente o pensamento jurídico no tocante à prescrição penal, v.g., através da previsão da reincidência como causa interruptiva da prescrição (inclusive no Brasil, consoante art. 117, VI, CP), mediante o aumento dos prazos prescricionais nos casos de reincidência (também acusado no CP brasileiro pelo art. 110, "caput") e mesmo pela imprescritibilidade da pena prevista em algumas legislações, avultando "in casu" o art. 172, parágrafo 6o. do atual CP italiano, ao prever que *"a extinção da pena não tem lugar se se trata de reincidentes, nos casos previstos nos parágrafos do art. 99, ou de delinqüentes habituais, profissionais ou por tendência, ou se o condenado, durante o tempo necessário para a extinção da pena, é condenado à reclusão por um crime da mesma índole."*

gênese à teoria da emenda. Mesmo autores como ADOLPHE PRINS, filiados ao "positivismo crítico", os quais admitiam somente a prescrição da ação, justificando a prescrição da pena como *"mau exemplo para as massas"* (citado por MORILLAS CUEVA, op. cit., p. 21) devem, ao final, serem arrolados dentre os que admitem a existência de prescrição penal.

Por seu turno, o pensamento majoritário desenvolveu-se no sentido de admitir a prescrição penal, sem todavia ficar estabelecido um fundamento comum. De pronto, cumpre salientar que o estudo das inúmeras correntes existentes dá conta de que uma parte da doutrina apóia a necessidade da existência da prescrição penal em argumentos de cunho processual, basicamente consistentes no enfraquecimento do material probatório relativo à prática de um crime à medida que transcorre o tempo entre o fato e a instrução processual, até findar a possibilidade de estabelecer-se juízo de certeza suficiente para a condenação.

Argumentos antigos neste sentido foram formulados em THOMAZIUS ⁽¹³⁾ Posteriormente, BINDING ⁽¹⁴⁾ retoma tal linha.

É incontestável a correção desta forma de pensar, de vez que a passagem do tempo inexoravelmente apaga os vestígios do crime e a lembrança do fato na memória das pessoas, inviabilizando o juízo de certeza exigido para a condenação. ⁽¹⁵⁾

¹³ Cf. ANTONIO RODRIGUES PORTO, op. cit., p. 16.

¹⁴ apud MORILLAS CUEVA, op. cit., p. 23.

¹⁵ - Acerca do desaparecimento das impressões mnemônicas, ENRICO ALTAVILLA, "Psicologia Judiciária - O processo psicológico e a verdade

Todavia, as críticas dirigidas à denominada "teoria da dispersão da prova" são igualmente inquestionáveis, ao definirem ser esta insuficiente para justificar tanto a prescrição da execução da pena como a existência de prazos diversos - acordes com a gravidade do crime - a regulamentarem a prescrição da ação penal. No caso da prescrição da pena, pelo fato de não mais haver instrução processual, o desaparecimento das provas é irrelevante. Já no tocante aos prazos - realmente - fosse o único fundamento da prescrição penal o esmaecer das provas, os prazos deveriam ser iguais para todos os crimes, pois este processo natural independe da gravidade do fato. Ora, as legislações, de regra, prevêem prazos prescricionais diversos, segundo a gravidade das infrações penais.

Portanto, muito embora não seja desprezível a sustentação da prescrição penal sob enfoque processual, igualmente não é definitiva esta forma de argumentação. Resta examinar as concepções ditas "substanciais" ou "materiais".

Com assento nas lições de ANTONIO RODRIGUES PORTO ⁽¹⁶⁾ dentre as inúmeras teorias destinadas a explicar os fundamentos da prescrição, temos a teoria do "esquecimento" dos fatos criminosos com o passar do tempo,

judicial", p. 48. Para uma aproximação científica, LAWRENCE KOLB, "Psiquiatria Clínica", p. 118.

¹⁶ RODRIGUES PORTO, op. cit., pp. 14/21.

desaparecendo o alarme social. Representam-na LUCCHINI, D'ANTONIO e VILLERET. ⁽¹⁷⁾ Extraem-lhe HAUS, GARRAUD e CARRARA outra conseqüência: o desaparecimento da necessidade do exemplo ao meio social ⁽¹⁸⁾

A teoria do esquecimento toma em consideração somente aspectos de retribuição, ao preocupar-se em satisfazer o "alarme social", bem como preventivos gerais, no tocante ao exemplo (retomando a teoria da coação psicológica, de FEUERBACH). Não há, todavia, nenhuma consideração de ordem preventivo-especial, que entretanto é nota da sanção penal, seja ela pena "stricto sensu" ou medida de segurança.

O escopo da teoria da "expição moral", por seu turno, reside na presunção de que o culpado, transcorrido algum tempo, expia a culpa que se lhe recai, através das angústias e remorsos sofridos. Todavia, bem ponderou MANZINI, criticando a teoria em questão, que a pena não se compensa pelo sofrimento moral, além de não ter mero fim aflitivo. ⁽¹⁹⁾

Pela teoria da "emenda", de marcado caráter positivista, desaparece a necessidade da punição

¹⁷- Ibid., p. 14.

¹⁸- Ibid., p. 15.

¹⁹- Ibid., p. 18.

pela presunção da correção do criminoso que não reincide após superado determinado lapso temporal. Aqui, falha-se ao identificar na pena somente o papel ressocializador.

Finalmente, a "teoria psicológica" toma por base as alterações psíquicas do culpado entre a data do fato e da infligência da pena, de modo que "outro" seria o indivíduo a quem se impõe a pena. A formulação de GABRIEL TARDE foi rebatida por GARRAUD, ao argumento de que, mesmo quando se executa a pena, o sentenciado "muda". ⁽²⁰⁾ Aqui, novamente insiste-se na atribuição, à punibilidade, de um papel restrito à modificação da personalidade do agente.

Ao lado das teorias referidas, outras ainda ganham destaque. MORILLAS CUEVA assinala o desaparecimento do interesse punitivo estatal no decurso do tempo como cerne da teoria do "interesse diminuído", remetendo a BETTIOL. ⁽²¹⁾ Anota ainda o desenvolvimento, por parte de DEL TORO, da teoria da "extinção dos efeitos antijurídicos", pela qual a passagem do tempo empobreceria o significado antijurídico da conduta. ⁽²²⁾

Ambas as teorias são criticáveis: aquela não explica o motivo pelo qual o decurso do tempo

²⁰- *Ibid.*, pp. 19-20.

²¹- MORILLAS CUEVA, *op. cit.*, p. 22.

²²- *Ibid.*, p. 24.

causa o desinteresse estatal na punição; esta colide com a concepção de que a conduta é ilícita frente à todo o ordenamento jurídico, de maneira que não se poderia afirmar estar empobrecida ou esvaziada sua antijuridicidade e, "pari passu", admitir que esteja o ato ilícito a gerar efeitos em outras áreas do direito (a exemplo da reparação dos danos, em esfera cível).

Nota-se, do exposto, que todas as formulações são passíveis de crítica e, portanto, mostram-se insuficientes. Entrementes, duas conclusões são possíveis a partir da observação conjunta das teorias clássicas apresentadas: a primeira reside no aspecto comum consistente em associar a existência da prescrição ao decurso do tempo, admitindo-se portanto sua idoneidade como fator capaz de afastar o interesse estatal em perseguir criminalmente o fato ou, após perseguido, puni-lo (como afirma BETTIOL, acima destacado); a segunda consiste na evidência de que a insuficiência das teorias vem à tona a partir das finalidades da pena, de modo que - por corolário - os verdadeiros fundamentos do fato de atuar (ou existir) a prescrição penal somente podem ser estabelecidos associando-se o instituto aos fundamentos da pena.

Destarte, a passagem do tempo, associada aos fundamentos da pena - que é a consequência do

crime ⁽²³⁾ - explica a prescrição, "rectius", os fundamentos da pena deixam de atuar a partir do transcurso de determinado lapso de tempo, desaparecendo o sentido da aplicação da sanção penal. Somente nestes casos a prescrição penal tem lugar.

Oportuno, neste diapasão, é assinalar que a prescrição se apresenta a nível de teoria geral de direito de uma só forma, como perda do exercício de um direito, pelo titular, por força do decurso do tempo. O efeito do não exercício do direito é que difere em cada ramo jurídico, gerando em seara civil, v.g., obstáculo à finalidade meramente reparatória das sanções (considere-se que mesmo a prescrição aquisitiva, "ultima ratio", é o óbice intransponível de reparar a situação primeva) e, no âmbito penal, obstando a gama de finalidades atribuída à punibilidade resultante de crime.

Assim, embora MORILLAS CUEVA ⁽²⁴⁾ explicita que a prescrição penal é informada por dados

²³- Fala-se aqui em pena "lato sensu", pois sabidamente as sanções penais dividem-se em penas e medidas de segurança. Quanto à pena ser consequência do crime (não figurando como elemento compositivo deste), é o entendimento majoritário. Assim, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, "Lições de Direito Penal", p. 279; BASILEU GARCIA, "Instituições de Direito Penal", Vol. I, tomo II, p. 405; ROBERTO LYRA, "Comentários ao Código Penal", vol. II, p. 51. LUIZ ALBERTO MACHADO, "Direito Criminal", p. 79, pontua que, "em que pese a opinião de penalistas ilustres (BATTAGLINI), a punibilidade não é um dos elementos analíticos (moleculares, estruturais, dogmáticos) do crime, pois que a sua indagação inócurre no momento da sua realização e aperfeiçoamento."

²⁴- MORILLAS CUEVA, op. cit., pp. 09-10.

suficientes para distinguir-se da civil, acaba por traçar as distinções com base nos efeitos do não exercício do direito prescrebendo pelo titular. Aponta, dessarte, que no direito civil a prescrição produz a aquisição de domínio e demais direitos reais e a extinção da ação e de direitos de qualquer classe, e no direito penal a extinção da responsabilidade criminal.

Também ANTONIO RODRIGUES PORTO, com a devida vênia, equivocou-se ao distinguir a prescrição civil da penal por atuar aquela no intuito de firmar a estabilidade das relações jurídicas; não considerar a obliteração dos fatos; castigar a negligência do titular e extinguir exclusivamente a ação civil (e não o próprio direito).⁽²⁵⁾

Com efeito, quanto às diferenças enumeradas, a intenção de findar o estado de incerteza nas relações jurídicas entre o delinqüente e o Estado estaria presente também na prescrição penal, segundo, por exemplo, os espanhóis MUÑOZ CONDE, FERRER SAMA e QUINTANO RIPOLLÉS. Este afirma, textualmente, que a prescrição:

"...es sumamente objetable en un plano de justicia absoluta, ya que, al fin y al cabo, la prescripción es la

²⁵- RODRIGUES PORTO, op. cit., p. 14.

consagración de algo inicialmente injusto, su razón de ser es predominantemente de seguridad jurídica para estabilizar situaciones de hecho consumadas por el tiempo." (26)

Não obstante o caráter secundário, a obliteração dos fatos atua também a nível de direito civil, como bem demonstram as teorias formuladas por CUVIELLO - relacionada à ação destruidora do tempo - e CARVALHO DE MENDONÇA - presunção de renúncia ou abandono, consoante bem percebeu CÂMARA LEAL (27)

O castigo à negligência do titular do direito é argumento apresentável em seara civil ou penal, tendo inclusive estribado o antereferido Decreto 774, de 20 de setembro de 1.890, segundo notícia de ALOYSIO DE CARVALHO FILHO (28)

Finalmente, o fato de extinguir a ação ou o próprio direito é efeito variável de acordo com a legislação adotada. Na Alemanha, por exemplo, a teor do

²⁶- apud MORILLAS CUEVA, op. cit., p. 23. No tocante a FRANCISCO MUÑOZ CONDE, trad. Luiz Régis Prado e Juarez Tavares, "Teoria Geral do Delito", p. 174.

²⁷- ANTONIO LUIZ DA CÂMARA LEAL. "Da prescrição e da decadência", pp. 13-14.

²⁸- ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, op. cit., p. 232, conquanto se manifeste, no particular, em tom crítico, consoante se ilai das pp. 220-221.

parágrafo 78, StGB, a prescrição extingue a ação e, consoante parágrafo 79, StGB, atinge a execução da pena. No mesmo passo, o CP argentino, art. 62, prevendo a prescrição da ação penal.

Em suma, a prescrição é ontologicamente idêntica no direito penal e no direito civil, representando o apagar dos efeitos do direito pelo transcurso do tempo, possuindo a mesma "ratio essendi" em qualquer ramo do ordenamento jurídico. O motivo que faz com que se apaguem os efeitos jurídicos do direito (direito reparatório e "jus puniendi") associa-se ao desgaste dos fundamentos do próprio direito pelo decurso do tempo. Portanto, não é que a prescrição seja instituto diverso segundo atue em âmbito civil ou penal, e sim que as relações jurídicas sobre as quais incide têm características diversas.

Isto posto, impende avaliar as razões pelas quais o direito de punir sofre desgaste com o decurso do tempo, dando gênese à prescrição penal.

III.3.1- Aliança com as Teorias

Relativas da Pena

Por pressuposto, assinalamos que a prescrição impede o direito de punir estatal contra o sujeito ativo da quase totalidade dos delitos (quase, pois metem-se a rol no ordenamento jurídico crimes

imprescritíveis, "verbi gratia", o próprio art. 5o, inciso XLIV, CF/88, no tocante à "ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático"), é dizer, barra a possibilidade de punir, seja através do óbice ao exercício da própria ação penal - pela qual se deduz a pretensão punitiva - seja por negar ao Estado a possibilidade de fazer cumprir uma pena já imposta - "jus executionis". Assim sendo, deve-se saber porque se impõem penas, para que se defina - em senso contrário - quando o passar do tempo faz com que desapareça a necessidade de impô-las.

Sem pretender aprofundar-nos sobre os fundamentos da pena, eis que não objeto desta pesquisa, discorreremos a respeito. As Teorias Absolutas, com fundamento filosófico kantiano, buscam justificar a pena na necessidade de retribuir-se ao cometimento de um delito a inflição de um castigo, de modo a determinar uma espécie de "compensação". Critica-as CLAUS ROXIN ⁽²⁹⁾

" 1. Na verdade, a teoria da retribuição pressupõe já a necessidade da pena, que deveria fundamentar (...) Fica por resolver a questão decisiva de saber sob que pressupostos a culpa

²⁹ CLAUS ROXIN. "Problemas Fundamentais de Direito Penal", pp. 17-19.

humana autoriza o Estado a castigar (...) a própria idéia de retribuição compensadora só pode ser plausível mediante um acto de fé."

Reativas às teorias absolutas, baseadas na retributividade da pena, as Teorias preventivas vêm à lume na metade final do século XIX e início do século XX, com marcado caráter positivista, fazendo uma releitura de suas origens Iluministas. Diz-se, com VON LISZT, especial a prevenção embutida na imposição de pena com o fito de ressocializar o agente ressocializável, intimidar o intimidável ou neutralizar o incorrigível. Novamente com base em ROXIN ⁽³⁰⁾ é possível definir a insuficiência da teoria preventivo-especial por vários motivos: a um, por repetirem o vazio das teorias retributivas ao não estipularem quando uma pena é aplicável e qual é o seu conteúdo, deixando de realizar a tarefa de delimitar a atuação punitiva do Estado; a dois, por não justificarem a punibilidade de crimes sem que haja o perigo da repetição, por mais graves que sejam (cita o exemplo dos homicídios praticados sob o nazismo nos campos de concentração alemães na 2a. guerra mundial); a três, porque a idéia de adaptação social através da pena não se legitima de "per si", de modo que a imposição do "modus vivendi" ou das regras da maioria

³⁰ Ibid., pp. 21-22.

à minoria carece de sustentação em fontes diversas das teorias preventivas.

Em paralelo à prevenção especial, exsurge a noção de prevenção geral considerando a pena veículo de intimidação - agora não mais quanto ao agente - senão com face ao restante da sociedade, à generalidade das pessoas. Retomamos a linha crítica do ilustrado penalista alemão, que combate a teoria da prevenção geral adicionando ao já destacado defeito de não fornecer limites ou critérios determinantes do conteúdo da ação motivadora da atividade estatal punitiva (comum às três concepções dominantes da pena) o seguinte: ⁽³¹⁾

"...em muitos grupos de crimes e de delinquentes, não se conseguiu provar até agora o efeito da prevenção geral da pena. Pode aceitar-se que o homem médio em situações normais se deixa influenciar pela ameaça da pena, mas tal não sucede em todo o caso com delinquentes profissionais, nem tampouco com delinquentes impulsivos ocasionais... Cada crime constitui, aliás, pela sua mera existência, uma

³¹- Ibid., pp. 23-24.

prova contra a eficácia da prevenção geral (...) Como pode justificar-se que se castigue um indivíduo não em consideração a ele próprio, mas em consideração aos outros?"

Conclui o eminente professor que - em verdade - todas as teorias, por defeituosas, não explicam isoladamente o porquê da imposição de penas, devendo serem consideradas como intercomplementares, e não reciprocamente excludentes.

Esta conclusão encontra eco na dogmática penal de forma majoritária, bem como nos sistemas de pena ditos pluralistas ⁽³²⁾ adotados na maior parte dos códigos, combinando as penas (derivadas em sentido puro das teorias absolutas) com as medidas de segurança (inequivocamente ligadas às teorias relativas).

Dentre as teorias ditas mistas ou ecléticas - em que se combinam os fundamentos teóricos de linhas absoluta e relativa ⁽³³⁾ - teve marcada influência a

³² EUGENIO RAUL ZAFFARONI, "Manual de Derecho Penal", parte gen., p. 75.

³³ Ibid., p. 75, em sentido crítico: "Pero lo cierto, al menos, desde el punto de vista realista, es que se manejan con dos ideas del hombre y del derecho penal que se ignoran mutuamente. Se trata de un desdoblamiento esquizofrénico del derecho penal, en el que una parte trata al hombre como una persona a la que hay que castigar y la otra como una cosa peligrosa a la que hay que neutralizar." A seguir, realça os sistemas chamados da "dupla via" (ou duplo-binário, adotado pelo CP brasileiro até a reforma de 1.984) e "vicariante" (adotado pelo nosso CP após a reforma). Atualmente, estão em pauta os sistemas

teoria unificadora cumulativa, vislumbrando característica preventivo-geral na ameaça da sanção abstratamente cominada, retribuição na imposição "in concreto" da pena e, no processo executório, condão preventivo-especial.

No pensamento de CLAUS ROXIN ⁽³⁴⁾ porém, fica registrado o exagerado alcance propiciado ao poder repressivo pela teoria unificadora aditiva...

"...permitindo que se utilize, em lugar de uma faculdade de ingerência já em si demasiado ampla (estatal) nada menos que três..."

Preconiza, então, a adoção de uma teoria unificadora dialética, através da qual cada função atribuída à pena (retributiva, preventiva geral e especial) atue tanto na fase de cominação como na de aplicação e de execução penal, de modo a traçar limites para o desenvolvimento de cada uma destas fases, tudo isto regido pelos princípios da "intervenção mínima" e da "ofensa ao bem

despenalizadores, atuando pela diversificação das respostas penais, isto quando não se obtém a não persecução do fato criminoso, evitando os estigmas do próprio processo (como bem exemplificam a transação penal e a suspensão condicional do processo, arts. 76 e 89 da Lei 9.099/95). Busca-se também desinstitucionalizar a execução penal, levando-a para a ambiência social, com mecanismos heterodoxos de fiscalização. Num extremo, vale citar as teorias abolicionistas da pena, representadas, dentre outros, por LOUK HULSMAN e THOMAS MATHIESEN (para referências rápidas, v. EDSON PASSETTI e ROBERTO BAPTISTA DIAS DA SILVA, "Abolicionismo penal e os direitos de cada um", In: Bol. IBCCrim. 59/97, p. 04.)

³⁴ROXIN, op. cit., p. 44.

jurídico" ⁽³⁵⁾ capazes de restringir a atuação estatal quanto às ações humanas que a justificam.

À guisa de exemplo, no momento executivo da pena, a par da preponderância da função preventivo-especial, atua a intimidação decorrente da prevenção geral que - por igual - provém da pena imposta, a servir de exemplo para os demais membros da sociedade. "A contrario sensu", temos que a ausência de punição desenvolve sentimento de impunidade nestes mesmos membros, alimentando a criminalidade.

De igual forma, verifica-se retributividade na aplicação da pena, tanto assim que fica a execução limitada a uma série de princípios de respeito à autonomia da personalidade, impedindo-se e.g. sejam levados a efeito mecanismos extremos de reinserção social, como operação no cérebro capazes de conter a agressividade. Aliás, o princípio "nulla poena sine culpa" aqui também se apresenta.

É fundamental, portanto, pela teoria unificadora dialética, que todos os momentos da pena - cominativo, aplicativo ("in concreto") e executivo - apresentem teor misto, atuando as funções preventivas e retributivas em cada um dos mesmos.

³⁵ Ibid., pp. 44-45.

Cumpra assinalar, todavia, que o fundamento retributivo da pena desinteressa em tema de prescrição, por incompatíveis com o instituto as teorias absolutas.

Ora, segundo estas, a existência do crime pressupõe necessária retribuição, pena de não haver compensação. É dizer, não se apaga a necessária compensação. *"Tem de existir para que a justiça impere"*, segundo ROXIN, ao expor as bases do retributivismo, citando E. KANT (³⁶)

"Mesmo que a sociedade civil com todos os seus membros decidisse dissolver-se (v.g., o povo que vive numa ilha decidiria separar-se e dispersar-se por todo o mundo), teria, antes, de ser executado o último assassino que estivesse no cárcere, para que cada um sofresse o que os seus actos merecessem, e para que as culpas do sangue não recaíssem sobre o povo que não haja insistido no seu castigo"

Portanto, não se justifica a prescrição da punibilidade ou execução da punição imposta pela prática delitativa diante da concepção da pena com natureza

³⁶ Ibid., p. 16.

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. "*Mutatis 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.

Com propriedade, portanto, afirma EUGENIO RAUL ZAFFARONI ⁽³⁷⁾

³⁷⁻ E. R. ZAFFARONI, "Tratado de Derecho Penal", vol. V, p. 26. Segue o autor: "*Para nosotros, el fundamento común de la prescripción penal es que no tiene sentido privar de bienes jurídicos a un sujeto para someterlo a una resocialización, cuando la conducta del sujeto posterior al hecho, continuada durante un tiempo que guarda cierta relación con la gravedad del hecho, pone suficientemente de manifiesto que esa resocialización ya no es necesaria. Este es un preciso fundamento política-penal que explica claramente la naturaleza de causa personal de cancelación de pena que tiene la prescripción de la pena.*" (p. 27). O autor, coerente com a teoria da pena que adota (prevenção especial), e na linha do nosso texto (que preconiza se fundamente a prescrição em campo penal pelos próprios fundamentos da pena) considera desnecessária

"Basicamente, creemos que el fundamento común a toda la prescripción es la inutilidad de la pena, sea la impuesta (prescripción de la pena) o la conminada (prescripción de la acción)."

Servindo a atuação conjunta ("dialética") como sistema autolimitador da aplicação da pena, a ausência de um dos fundamentos relevantes sob enfoque de prescrição, quais sejam, aqueles de índole preventiva, em cada "momento da pena" (cominação, aplicação, execução), por assim dizer, importará no desinteresse estatal atinente à punição do fato. O Estado somente exercita seu "jus puniendi" quando este possa atuar de forma plena, projetando todos os efeitos desejados (já está patente que o tão-só efeito retributivo é indesejável).

Se o afastamento - ou impossibilidade de atuação - de um dos fundamentos da pena de caráter preventivo (especial e geral) derivar do decurso do tempo, então será ocasião de invocar-se o instituto da prescrição, que fica inclusive equacionado, a partir desta solução, com o princípio da intervenção mínima do direito penal na vida dos indivíduos.

a pena quando a função ressocializadora tenha se operado pelo só passar do tempo, não se justificando seja imposta. Assim, também, no "Manual...", op. cit., p. 639.

Por outro lado, a utilidade da pena inegavelmente alia-se a aspectos de caráter político-criminal (mormente as funções preventivo-gerais), das dispendo o Estado, no exercício das funções distributivas de justiça cujo monopólio detém, segundo melhor convenha ao interesse protetivo dos bens jurídicos dos membros da sociedade. Por extensão, a prescrição e o sistema positivo atinente está submetido aos mesmos influxos. ^(37-A)

III.4- Natureza Jurídica da Prescrição

Penal

Outro ponto de imensas controvérsias situa-se na natureza jurídica da prescrição, buscando-se

^{37-A}- MORILLAS CUEVA, op. cit., p. 27, externa posição que, vindo a calhar, merece nossa total aprovação. "In verbis": "Cabe deduzir que não é prudente a aceitação rotunda e sem reservas do instituto da prescrição (...) em muitas ocasiões a prescrição é aproveitada por indivíduos menos interessantes, mais espertos no crime e, geralmente, mais perigosos para a sociedade. (...) Isto, não obstante, não oculta as múltiplas razões que apóiam a realidade prescritiva e que o legislador, o Estado e a própria sociedade tem que reconhecer e assimilar, ainda que originariamente possam estar sendo enfrentadas em termos de justiça absoluta, pois já afirmamos com QUINTANO que a prescrição é a impunidade de algo inicialmente injusto. (...) Aqui radica o verdadeiro significado da prescrição penal: o Estado, ante poderosas razões de política criminal e utilidade social, baseadas todas elas nos efeitos que produzem a passagem do tempo, (...) renuncia a exercitar o "jus puniendi" que lhe corresponde ao declarar extinta a responsabilidade criminal." Para a constatação do movimento internacional que culminou na adoção pelas legislações da imprescritibilidade como regra em relação aos crimes de guerra e genocídio, consulte-se, não obstante em linha crítica, o excelente trabalho de THEODOLINDO CASTIGLIONE, "Os crimes contra a humanidade e o problema da prescrição em face de um Código Penal Internacional", in: RT, 56, pp. 08-47, dando conta, inclusive, da imprescritibilidade do crime de genocídio nas legislações de Israel, Polônia, Hungria, Bélgica, França, extinta U.R.S.S., Bulgária, Áustria, dentre outras.

definir se atua como obstáculo processual ou como causa extintiva do próprio direito de punir, ganhando, neste caso, foro jurídico-material.

A importância da discussão reside fundamentalmente na definição do comportamento da prescrição no tempo e no espaço, segundo deva seguir os princípios de direito penal material ou de processo penal. ⁽³⁸⁾ Dentro desta ótica, ficam excepcionados alguns posicionamentos modernos, mas ainda minoritários, segundo os quais devem ser aplicadas as regras de direito jurídico-material para toda e qualquer norma processual não pura, ou seja, capaz de afetar diretamente os direitos substanciais do imputado. Neste passo, JUAN BUSTOS RAMÍREZ ⁽³⁹⁾ sem embargo de relacionar a prescrição à necessidade da pena (a partir do ponto de vista do Estado, titular da faculdade de punir, definindo-se por uma corrente material), considera que o processo penal também vincula-se a esta mesma situação (necessariedade da pena), de modo que seguem-se em processo penal os princípios de direito penal material restritivos da faculdade punitiva do Estado no tocante ao conflito intertemporal de leis. Também TAIPA DE CARVALHO segue esta linha⁽⁴⁰⁾, ao distinguir normas processuais penais formais de normas processuais-

³⁸- Assim. H.H. JESCHECK, op. cit., p. 1.239.

³⁹- JUAN BUSTOS RAMÍREZ. "Manual de Derecho Penal". Pte. gen., pp. 413-414.

⁴⁰- AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO. "Sucessão de Leis Penais.", pp. 209-245.

penais materiais, apontando a prescrição "do procedimento penal" como exemplo por excelência destas. O efeito de considerá-la como instituto processual, em TAIPA DE CARVALHO, é idêntico àquele emanado da concepção material. Desta forma, é indiferente que o instituto seja de direito penal ou processual. Pela lição de ambos os autores, ainda que se determine como processual o caráter da prescrição, esta merecerá tratamento de "norma processual-penal material" e, como tal, seguirá as regras de direito penal material na hipótese de sucessão de leis, vigorando o princípio da "lex mitior" retroativa e ultra-ativa.

Todavia, pela doutrina tradicional, em que os institutos processuais não contemplam tratamento de norma penal material, permanece relevante a definição da natureza jurídica da prescrição. Note-se que os próprios ordenamentos jurídicos contemplam-na sob diversos enfoques.

Na Espanha, o CP vigente até o ano de 1.995 acolhia a prescrição como instituto de direito material, como causa extintiva da responsabilidade, antes do trânsito em julgado da sentença (arts. 112 e 113), e da pena, após este marco (art. 115). O atual texto, arts. 131 (prescrição "dos delitos") e 133 (prescrição "das penas), mantém a mesma linha. A doutrina espanhola pende para a concepção substancial. Assim, ANTÓN ONECA, DEL TORO. Também FERRER SAMA, sustentando que os efeitos da prescrição penal

não derivam da falta de condições formais para exigir a responsabilidade do sujeito, e sim da extinção da responsabilidade penal com caráter substantivo. ⁽⁴¹⁾ No mesmo sentido, SANTIAGO MIR PUIG, adicionando que o preponderante viés material tem como conseqüências a decretabilidade de ofício (tenha-se em conta que, na doutrina espanhola, há controvérsias a respeito, por força de artigos 666 e 679 da LECr que determinam deva a parte arguir a prescrição estipulando, inclusive, momento preclusivo) e a impossibilidade de retroatividade de leis que prevejam alongamento de prazos e criação de obstáculos à prescrição, sendo ultra-ativas no caso de serem melhores (princípio da "lex mitior"). ⁽⁴²⁾ A jurisprudência do TS inclinou-se por esta corrente a partir da STS 30.11.74, com 03 decisões registradas até 1980. ⁽⁴³⁾

Por seu turno, CUELLO CALÓN, CEREZO MIR e QUINTANO RIPOLLÉS optam pela corrente definidora da prescrição como instituto processual. Adotando a teoria mista, RODRÍGUEZ DEVESA. ⁽⁴⁴⁾

⁴¹- apud MORILLAS CUEVA, op. cit., p. 36, com crítica de MUÑOZ ROJAS, à vista de que a responsabilidade, antes da sentença condenatória, não existe, de modo que não poderia ser extinta.

⁴²- SANTIAGO MIR PUIG. "Derecho Penal", parte general, pp. 858-859.

⁴³- MORILLAS CUEVA, op. cit., p. 39.

⁴⁴- Ibid., pp. 37-39, fazendo menção à preponderância da natureza processual no Direito francês, citando DONNEDIEU DE VABRES.

Ganha destaque a sustentação de MORILLAS CUEVA ⁽⁴⁵⁾ optando pela corrente material. Aduz que a normatização espanhola, não obstante os obstáculos dos arts. 666 e 679 da LECr, admite o caráter material da prescrição para evitar-se a condenação de alguém por crime cuja responsabilidade penal já caducou por vontade categórica e determinante da própria lei, declarando-se-a de ofício, a qualquer momento do processo. Assim, a prescrição, tanto do delito como da pena, é instituto de direito substantivo, pressupondo ⁽⁴⁶⁾

"...uma renúncia do Estado ao direito de castigar baseada em razões de política criminal aglutinadas pelo transcurso do tempo que faz com que o Estado considere extinta a responsabilidade penal e, por conseguinte, o delito e a pena." (trad. nossa)

O caráter substancial prepondera também na Itália, a partir do texto legal expresso, art. 157 ("*La prescrizione estingue il reato*") e art. 172 ("*estinzione della pena*"). Dentre os defensores, BETTIOL e FLORIAN ⁽⁴⁷⁾

⁴⁵ Ibid., pp. 39-43. O nosso CPP, ao contrário da LECr espanhola, impõe seja decretada a causa extintiva de punibilidade de ofício.

⁴⁶ Ibid., p. 43.

Na mesma linha, FERRANDO MANTOVANI ⁽⁴⁸⁾ explicitando que as causas extintivas do crime são aquelas que extinguem o poder estatal de aplicar a pena cominada, a denominada punibilidade em abstrato. As causas extintivas da pena, ao contrário, afastam a denominada punibilidade em concreto, i. é, concretizada na pena irrogada com a sentença de condenação passível de execução. GIOVANNI FIANDACA e ENZO MUSCO ⁽⁴⁹⁾ adotam a mesma corrente, discordando apenas da terminologia "extinção do ilícito" por não se poder apagar um fato sob prisma histórico e mesmo jurídico, à vista dos efeitos que remanescem (notadamente cíveis). Adicionam como regras comuns às causas extintivas, dentre as quais a prescrição: a) eficácia pessoal, salvo disposição de lei; b) declaratoriedade a qualquer tempo, exceto se evidente a absolvição; c) submissão ao princípio do "favor rei", i. é, incidindo mais de uma, adota-se a melhor.

No mesmo passo, ANTOLISEI, para quem a punibilidade é a aplicabilidade da pena, como efeito característico do crime. Havendo uma situação ativa, o poder de punir estatal, e uma situação passiva, sujeição à pena, a prescrição atua como causa extintiva de punibilidade. ⁽⁵⁰⁾

⁴⁷ Ibid., p. 35.

⁴⁸ FERRANDO MANTOVANI, "Diritto Penale", pp. 824-828 e pp. 828-832.

⁴⁹ GIOVANNI FIANDACA e ENZO MUSCO. "Diritto Penale", parte generale, pp. 732-734 e 741-745.

A crítica à terminologia adotada pelo CP italiano é comum a nível doutrinário, pois de fato o ilícito não deixa de existir nem sob prisma histórico, já que se trata de um fato, nem juridicamente, porquanto continua a gerar efeitos. Não obstante, a corrente material é mais forte, considerando-se a prescrição, dentre outras causas, como extintiva da responsabilidade penal (VASSALLI), extintiva da situação subjetiva penal (P. ALBANI), extintiva da punibilidade (SANTORO e BATTAGLINI), impeditiva da permanência da punibilidade (DELL'ANDRO) etc. ⁽⁵¹⁾

Adotando a concepção processual, figura ANTONIO PAGLIARO ⁽⁵²⁾ criticando o entendimento majoritário de que as causas "*estintivi del reato*" possam de fato extingui-lo. Objeta, 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

⁵⁰- FRANCESCO ANTOLISEI. "Manuale di Diritto Penale", parte generale, pp. 663-665 e 670-674.

⁵¹- ANTONIO PAGLIARO. "Principi di Diritto Penale", parte gen., pp.732-733.

⁵²- *ibid.*, pp. 732-734.

de ressarcimento de danos decorrentes do ilícito no foro cível.

Adiciona PAGLIARO que as causas previstas nos arts. 150 e ss. do CP, dentre as quais a prescrição, são de improcedibilidade, atuando de modo exatamente contrário às condições de procedibilidade, é dizer, aqui a presença da causa impede a procedibilidade. Dá-se, neste passo, a extinção do crime como objeto do processo penal, i.é, em sentido processual.

Partindo das concepções normalmente empregadas para embasar a prescrição civil, EUGENIO SACCHETTINI ⁽⁵³⁾ igualmente adota linha processual. Liga a prescrição à necessidade de certeza das situações jurídicas depois de um determinado tempo, por força da dificuldade de recolhimento de provas, sendo de interesse público e indisponível (não obstante, a Corte Constitucional declarou a renunciabilidade da prescrição, cf. sentença 275 de 31.05.90). Ao mesmo tempo, constitui expediente de caráter formal idealizado para realizar a finalidade de caráter material denominada "duração razoável" do processo, declarada direito subjetivo perfeito do imputado, segundo a Convenção Européia dos Direitos do Homem, art. 6o.

⁵³- EUGENIO SACCHETTINI, "Le prescrizioni nel diritto civile, penale e tributario - analisi e casistica", pp. 205-206.

Na Alemanha, a teoria Jurídico-material, preconizando a prescrição como causa de anulação da pena, pelo fato de apagar-se a necessidade do castigo pelo transcurso do tempo, é minoritária, encontrando defesa em BELING, LISZT, LORENZ, HILDE KAUFMANN, dentre outros.⁽⁵⁴⁾

O StGB prevê a prescrição da ação penal, adotando nitidamente a corrente processual. O caráter instrumental, pela consideração da prescrição como obstáculo processual, foi sustentado no Projeto Alternativo, sendo defendido por BINDING, EB. SCHMIDT, MAURACH, SCHÖNKE-SCHRÖDER, BLEI. ⁽⁵⁵⁾

Já o caráter misto, sustentado por VON HIPPEL, GERLAND, MEZGER, MAX ERNST MAYER, HELLMUT MAYER, DREHER, BAUMANN ⁽⁵⁶⁾, WELZEL ^(56-a) para quem a prescrição é tanto "*causa de extinção jurídico-material da pena como obstáculo processual para sua persecução*", ganha ressonância cada vez maior. H.H. JESCHECK ⁽⁵⁷⁾ aceita a ambivalência do instituto, argumentando que, de um lado, a necessidade da pena de um ponto de vista retributivo, preventivo geral e de

⁵⁴- H.H. JESCHECK, op. cit., pp. 1.238-1.239, noticiando prevalecer nos CP's austríaco e suíço.

⁵⁵- Ibid., pp. 1.239.

⁵⁶- MORILLAS CUEVA, op. cit, pp. 38-39.

^{56-a} - HANS WELZEL, Derecho Penal Aleman, p. 308.

⁵⁷- H.H. JESCHECK, op. cit., p. 1.239.

ressocialização desaparece com o transcurso do tempo, atuando o direito de graça, equidade e autolimitação do estado. Por outro lado, a prescrição não descansa só na necessidade da pena, e sim na experiência processual de que, com o crescente distanciamento temporal entre o processo e o fato, aumentam as dificuldades probatórias, causando o perigo de erros judiciais. O aspecto processual não é decisivo, diante da imprescritibilidade do genocídio (art. 78, parag. 2o) e a graduação dos prazos de acordo com a gravidade do crime (art. 78, parag. 3o). O parag. 78, 1o., StGB, que dispõe "*A prescrição exclui a punição da infração e a ordem de medida*", baseia-se na teoria mista segundo o autor.

A concepção mista encontra eco em outros países, como Portugal, em LEAL-HENRIQUES, segundo alude FIGUEIREDO DIAS ⁽⁵⁸⁾ adotando-a, por igual, ao ressaltar distintas a prescrição do procedimento e da pena quanto à natureza. Sustenta que a prescrição do procedimento se caracteriza como obstáculo processual, pois implica no arquivamento do processo, e não na absolvição do arguido. A prescrição é também substantiva, por quebrar a consequência do fato, afastando a punição. Assim, localiza-se sistematicamente nas consequências do crime. O renomado mestre português finda por entender que, à luz do direito

⁵⁸ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS. "Direito Penal Português", p. 700.

lusitano, é impossível leis que alonguem os prazos prescricionais virem em prejuízo do argüido. Sinaliza, enfim, que o argumento de que o decurso do tempo não afeta o fato punível, tão em voga na doutrina italiana, é correto. Porém - raciocina - a prescrição pertine não ao fato, e sim à sua consequência jurídica.

Para ZAFFARONI ⁽⁵⁹⁾ a prescrição da ação penal é causa impeditiva de perseguibilidade do crime. A ausência de causa impeditiva seria condição processual de operatividade da coerção penal, ao lado das que vigoram para certos crimes e das condições da ação em geral. Já a prescrição da pena teria condão jurídico-material, não comportando considerações de caráter processual.

No Brasil, o CP prevê a prescrição como causa extintiva de punibilidade, segundo preceitua o art. 107, inciso IV. Desta forma, adota uma linha jurídico-material, seguindo os passos de seu modelo italiano e de outras legislações, como a espanhola. Entrementes, não define o que prescreve, senão disciplina quando ocorrem as prescrições: antes ou após o trânsito em julgado da decisão condenatória, donde derivam diversos efeitos.

⁵⁹ E. R. ZAFFARONI, "Manual...", p. 646 (ausência de impedimentos de perseguibilidade), pp. 650-654 (prescrição das ações), pp. 638-640 (prescrição da pena).

Na doutrina, seguindo a linha positivada, ANTONIO RODRIGUES PORTO ⁽⁶⁰⁾, BASILEU GARCIA ⁽⁶¹⁾, DAMÁSIO DE JESUS ⁽⁶²⁾ Optando pela teoria mista, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO ⁽⁶³⁾ e CHRISTIANO JOSÉ DE ALMEIDA ⁽⁶⁴⁾

Ficou estabelecido, segundo nossa ótica, que a inutilidade das funções preventivas da pena por força do decurso do tempo importa na atuação da prescrição penal. Ressalvamos ainda o valor da argumentação alusiva à perda da prova, para fundamentar o instituto, tendo todavia reputado-o secundário e insuficiente, pois imprescindível é o fundamento jurídico-material traçado a partir da vinculação da prescrição às funções preventivas da pena.

A corrente processual pura, como visto, perece cada vez mais, à medida que se reconhece na prescrição o desinteresse estatal no "jus puniendi" - seja qualificado como "jus punitiois", seja como "jus executionis". Tratando-se de um direito material não exercitado, à evidência que a ótica de índole processual pura mostra-se incompatível com o instituto.

⁶⁰- RODRIGUES PORTO, op. cit., p. 10.

⁶¹- BASILEU GARCIA, op. cit., p. 699.

⁶²- DAMÁSIO E. DE JESUS, "Prescrição Penal", p. 21.

⁶³- HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, op. cit., p. 404.

⁶⁴- CHRISTIANO JOSÉ DE ALMEIDA, op. cit., pp. 28-29.

Porém, a corrente jurídico-penal, que faz coro principalmente na Itália e na Espanha, peca por deixar de considerar válida a atuação da prescrição como obstáculo processual, como se a projeção de seus efeitos fosse impossível fora das fronteiras do direito penal material, onde atua como causa extintiva de punibilidade (seguindo-se a terminologia do nosso CP).

A doutrina erroneamente tende a estabelecer a natureza jurídica da prescrição segundo os fundamentos adotados para o instituto. Assim, aqueles que vêm na prescrição, por exemplo, fundamentos jurídico-materiais como definitivos, findam por optar pela sua natureza jurídica substancial.

O penalista alemão JESCHECK demonstra aperceber-se do corriqueiro equívoco, ao esclarecer - quanto à prescrição da pena - que ⁽⁶⁵⁾

"...carece aquí de importancia la idea de la dificultad probatoria, por lo que no puede alegarse como fundamento de la prescripción una teoría procesal. No obstante, la prescripción de la pena se trata como un obstáculo procesal ya que el delito ha sido condenado ya

⁶⁵ H.H. JESCHECK, op. cit., p. 1.244.

ejecutoriamente y sólo afecta a la ejecución de la pena o dela medida impuesta." (grifos nossos)

Da mesma forma, ZAFFARONI ⁽⁶⁶⁾ deixa de incorrer no erro, ao fundamentar jurídico-materialmente a prescrição antes do trânsito em julgado, conferindo-lhe todavia natureza jurídica processual, qualificando-a como causa de "impedimento de perseguibilidade do crime". (^{66-a})

Ora, a natureza jurídica de um instituto qualquer se define a partir dos campos onde produz efeitos, sendo que a irradiação destes não se conecta, necessariamente, aos fundamentos em que está alicerçado. Neste diapasão, a prescrição penal possui natureza mista, pois obsta tanto o exercício da ação ou da execução da pena, como veda o exercício do direito de punir (impor a pena no caso concreto) e o direito de executar ("jus executionis"), fazendo-o simultaneamente e irradiando seus efeitos em seara penal e processual penal.

Para finalizar, sob este enfoque, parece-nos haver equívoco na adoção de uma teoria mista com

⁶⁶- E.R. ZAFFARONI, "Manual...", p. 650. Por igual, FIGUEIREDO DIAS, op. cit., pp. 125-126, ao definir a prescrição da ação como obstáculo processual e, ao mesmo tempo, fundamentá-la com argumentos de caráter substancial, consoante demonstrado.

^{66-a} - v. nota 59.

base no fato de a prescrição antes do trânsito em julgado da sentença ser puramente processual, opondo-se à pureza jurídico-material da prescrição da pena, posterior à condenação definitiva. Afinal, antes do trânsito em julgado encerra-se, também, a possibilidade de exercer o direito de punir (levar o imputado à punição "in concreto"), pela perda do interesse estatal, como - após o trânsito em julgado - obsta-se a execução da pena, que possui conotação processual.

Realizada a notícia histórica da prescrição penal, bem como lançados seus fundamentos e estabelecida sua natureza jurídica, passamos à abordagem dos aspectos centrais da pesquisa, elegendo fatores vinculados ao sistema prescricional brasileiro estipulado no CP que, por divorciarem-se das bases do instituto e intensificarem a sua incidência, levam à impunidade sujeitos ativos de infrações penais cujas punibilidades interessam inequivocamente ao Estado, responsável pela proteção dos membros do corpo social contra a criminalidade.

IV- Crítica ao Sistema de Prazos

Prescricionais adotado no CP brasileiro

Primeiro aspecto a sofrer exame crítico diz com o sistema de prazos acolhidos pelo CP brasileiro em relação às duas modalidades básicas de prescrição previstas, aquela que atinge a pretensão punitiva, ocorrente antes do trânsito em julgado da sentença, e a prescrição que fulmina a pretensão executória.

Dispõe o art. 109 do CP acerca dos prazos prescricionais antes do trânsito em julgado da sentença penal, disciplinando que sobre os mesmos incide a pena máxima cominada à infração penal, prevendo prescrição:

"I- em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze);

II- em 16 (dezesesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze);

III- em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 08 (oito);

IV- em 08 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 04 (quatro);

V- em 04 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois);

VI- em 2 (dois) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano."

É praticamente pacífico o entendimento de que se computam as causas de aumento e diminuição da parte geral e especial (à evidência que excluídas aquelas relacionadas nos arts. 70 e 71, por força do art. 119, C.P., invocando-se ainda a Súmula 497 do E. STF, no tocante aos crimes continuados), de maneira a buscar-se, ainda na fase pretérita à sentença, a máxima concreção da pena ao fato, cercado em todas as suas circunstâncias. ⁽⁶⁷⁾

Ao referir-se à prescrição da pretensão executória, na seqüência, o art. 110 "caput" determina que após o trânsito em julgado da sentença final condenatória, o prazo prescricional regula-se pela pena concretizada na decisão condenatória, incidindo entretanto na mesma tábua de prazos prevista no art. 109.

Neste passo, divorcia-se parcialmente a sistemática legal da melhor doutrina e de outros modelos legislativos, bem como contraria os fundamentos da prescrição penal, segundo pretendemos demonstrar.

⁶⁷- ALBERTO SILVA FRANCO et alii, "Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial", p. 332.

O artigo 157 do CP italiano, que prevê a prescrição antes do trânsito em julgado como "prescrizione del reato", dispõe:

"Prescrição. Tempo necessário para prescrever. A prescrição extingue o crime:

1- em vinte anos, se se trata de crime para o qual a lei estabelece a pena de reclusão não inferior a vinte e quatro anos;

2- em quinze anos, se se trata de crime para o qual a lei estabelece a pena de reclusão não inferior a dez anos;

3- em dez anos, se se trata de crime para o qual a lei estabelece a pena de reclusão não inferior a cinco anos;

4- em cinco anos, se se trata de crime para o qual a lei estabelece a pena de reclusão inferior a cinco anos, ou a pena de multa;

5- em três anos, se se trata de contravenção para a qual a lei estabelece a pena de prisão.

6- em dois anos, se se trata de contravenção para a qual a lei estabelece a pena pecuniária." (68)

Disciplina ainda o art. 157:

⁶⁸- Prevê-se a "ammenda", que é a pena pecuniária prevista para as contravenções. A tradução fez-se em termos para melhor compreensão.

"Para determinar o tempo necessário para prescrever tem-se em consideração o máximo da pena estabelecida na lei para o crime, consumado ou tentado, tendo em conta o aumento máximo da pena estabelecido pelas circunstâncias agravantes e a diminuição mínima estabelecida pelas circunstâncias atenuantes."

A respeito, G. FIANDACA e ENZO MUSCO assinalam que 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. ⁽⁶⁹⁾

Preciosa ainda a contribuição de F. MANTOVANI, assinalando precedentes da Corte de Cassação no sentido de serem tomadas em consideração as circunstâncias genéricas e, principalmente, fazendo ainda menção ao julgado Cass. 16.2.50, onde se determina tome-se em conta o crime julgado pelo juiz e não aquele originariamente contestado para efeitos de prescrição, o que não se confunde - de logo adiante-se - com a adoção de prescrição retroativa pelo precedente jurisprudencial. Trata-se de hipótese em que

⁶⁹- FIANDACA & MUSCO, op.cit., p. 743. No mesmo passo, majoritário, E. SACCHETTINI, op. cit., p. 210. F. ANTOLISEI, op. cit., p. 671, remetendo a MOLARI e CORDERO; contra, VANNINI.

houve erro de capitulação alusivo à própria infração penal, com valorização do princípio "jura novit curia". (70) Assim, na Itália, prevalece a idéia de que o Juízo, ao declarar prescrito o ilícito, deve delinear-lo em suas particularidades para efeito do cálculo da pena máxima, tomando em conta as agravantes e atenuantes.

Já com relação à prescrição dita "da pena", posterior ao trânsito em julgado, o CP registra, no Art. 172:

"Extinção das penas de reclusão e multa pelo decurso do tempo. A pena de reclusão se extingue com o decurso de um tempo igual ao dobro da pena infligida e, em todo caso, não superior a trinta anos e não inferior a dez anos.

A pena de multa se extingue no prazo de 10 anos."

O último parágrafo do dispositivo estipula que:

"A extinção das penas não tem lugar, se se trata de reincidentes, nos casos previstos nos parágrafos do art. 99, ou de delinqüentes habituais (102, 104),

⁷⁰- FERRANDO MANTOVANI, op. cit., p. 830. O crime cuja existência é apurada pelos juizes de mérito, também segundo E. SACCHETTINI (op. cit., p. 210), com precedentes (Cass. 18.12.91; Cass. 24.06.83; Cass. 30.10.84), é o válido, para efeitos de prescrição.

profissionais (105) ou por tendência (108); ou se ao condenado, durante o tempo necessário para a extinção da pena, é imposta uma condenação à reclusão por crime de mesma índole."

Finalmente, reza o Art. 173, em relação às contravenções:

"Extinção das penas de prisão e pecuniária pelo transcurso do tempo. As penas de prisão e pecuniária se extinguem no prazo de cinco anos. Tal prazo é dobrado se se trata de reincidente, nos casos previstos nos parágrafos do art. 99, ou de delinqüentes habituais, profissionais ou por tendência."

Observando-se a legislação italiana, verifica-se a existência de disciplina mais simples da prescrição penal, assemelhando-se ao CP brasileiro ao adotar a pena máxima cominada ao fato como critério de incidência na tábua de prazos do art. 157.

Andou bem o legislador peninsular explicitando a necessidade da individualização do fato segundo as circunstâncias que o informem, capazes de alterar para mais ou menos a pena, dando-lhe - destarte - máxima concreção nos casos em que se declara a prescrição antes de obtida a sentença de mérito. No Brasil, esta construção, embora vogante, é doutrinária e jurisprudencial, porquanto o

CP 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).

As diferenças a serem destacadas entre o Código italiano e o brasileiro surgem no prazo prescricional posterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória, determinando o art. 172 seja calculado pelo dobro da pena imposta, porém nunca sendo inferior a 10 anos nem superior a 30 anos. Adotam-se prazos bastante superiores àqueles estipulados para a "prescrição do crime", com absoluta propriedade, consoante será demonstrado.

Apenas um reparo, no particular, merece o texto italiano, ao prever a imprescritibilidade da pena nas hipóteses de reincidência previstas no art. 99, bem como nos casos de criminosos habituais, profissionais ou por tendência. Na hipótese, o CP cede exageradamente aos princípios positivistas relativos à exigibilidade de evidências da ressocialização do apenado para efeitos de prescrição da condenação, bem como deixa de considerar o fundamento preventivo-geral, que determinará a inutilidade da pena necessariamente em passando determinado período (já se viu: atuando conjuntamente em todos os "momentos da pena" os fundamentos preventivos - juntamente ao fundamento retributivo, que todavia é despiciendo em tema de prescrição -, inclusive na execução, esta deixa de ter sentido quando

ausente a atuação conjunta em referência). O reforço desta perspectiva positivista conduz a um direito penal de autor, como se entrevê do próprio dispositivo em comento.

Mais adequado, no cotejo, o CP brasileiro, ao registrar o acréscimo de 1/3 do prazo prescricional nas hipóteses em que a reincidência é reconhecida na sentença, pois inegavelmente significa maior exigência da função ressocializadora da sanção penal quando comparada à situação do condenado não reincidente, não chegando todavia ao ponto de implicar na imprescritibilidade diante das hipóteses aventadas. Aliás, a própria reincidência, instituto com contornos herdados do positivismo jurídico-penal da virada do século, ao relevar em inúmeras situações de "jure condito" (v.g., fixando regime inicial fechado, na forma do art. 33, CP, para crimes punidos com reclusão; impedindo o "sursis" e aumentando os prazos para o livramento condicional, embaraçando a concessão de fiança, etc.), vem modernamente gerando sérios questionamentos no seu entorno, destinados a restringi-la, v.g., o argumento segundo o qual não poderia servir como agravante, seja obrigatória (art. 61, inciso I, CP brasileiro) ou facultativa, de quaisquer penas, eis que o imputado estaria a sofrer duplamente (princípio do "non bis in idem"), ao ser condenado pelo primeiro fato e ao ser exasperada a pena pelo segundo fato em função daquele.

Seguindo a análise dos diplomas legais alienígenas, merece destaque o sistema alemão regente da prescrição penal. Dispõe o parágrafo 78, II, StGB, acerca da imprescritibilidade do crime de genocídio (punido com prisão perpétua, não obstante contemplar formas atenuadas), graduando os prazos da prescrição anterior ao trânsito em julgado da sentença, para os demais crimes, segundo suas gravidades. Segundo o parágrafo 78, III, StGB, o prazo da prescrição é de:

"I- trinta anos, nas infrações para as quais é cominada prisão perpétua.

II- vinte anos, nas infrações para as quais é cominada, no máximo, prisão superior a dez anos;

III- dez anos, nas infrações para as quais é cominada, no máximo, prisão superior a cinco anos, até dez anos;

IV- cinco anos, nas infrações para as quais é cominada, no máximo, prisão superior a um ano, até cinco anos;

V- três anos, nas demais infrações."

O art. 78, IV, StGB assenta que:

"O prazo se regula pela cominação legal, cuja tipicidade a infração realiza sem considerar as atenuações ou os gravames que, segundo as disposições da

Parte Geral ou por circunstâncias atenuantes, menos graves, especialmente graves ou semelhantes, são geralmente previstas para os casos circunscritos."

O StGB, distanciando-se do Código italiano e da interpretação pacificamente seguida no Brasil, define que a pena máxima prevista no tipo penal deve incidir na tabela desenhada pelo parágrafo 78, III, sem que haja necessidade de computarem-se as circunstâncias legais capazes de influenciarem na dosagem da pena.

Não é, ao nosso juízo, o melhor caminho, pois se o critério diz com a gravidade do crime - não obstante a impossibilidade de adotar-se o crime delineado no ato sentencial, posto que ainda inexistente - a lei deve contemplar previsão no sentido de incluir todas as causas capazes de aumentarem ou diminuïrem a pena, maximizando-se destarte a individualização do fato criminoso. Os mesmos fundamentos que impõem, por princípio, a proporcionalidade do montante da pena ao gravame causado pelo fato-crime (princípio da proporcionalidade, como vertente do princípio da culpabilidade), vigorando em tema de aplicação "in concreto" da pena, têm aqui lugar. Não é adequado, por exemplo, que sejam consideradas igualmente desvaloráveis uma conduta criminosa tentada e outra consumada, sob prisma de ofensa ao bem jurídico (teoria do desvalor do resultado), pena de dar-se lugar à teoria

subjetiva pura desenvolvida quanto à tentativa, superada há muito pelas teorias ecléticas. ⁽⁷¹⁾ Sem embargo, tal objeção, no direito tedesco, perde força diante da facultatividade da minoração da pena por força da "conatus" (parágrafo 23, II, StGB).

Quanto à possibilidade da pena "in concreto" ser tomada como parâmetro para efeitos de cálculo do prazo prescricional, o StGB somente a admite em relação à prescrição após o trânsito em julgado. Tal raciocínio é decorrência expressa da eliminação da possibilidade de prescrição intercorrente superveniente à condenação, fulcrada no parag. 78-B, III, consoante assinala JESCHECK ⁽⁷²⁾

"También se paraliza el transcurso del plazo de prescripción desde que se pronuncia una sentencia en primera instancia hasta que termine definitivamente el proceso con fuerza de cosa juzgada."

⁷¹- H.H. JESCHECK, op. cit., p. 702, para uma melhor consulta, no particular.

⁷²- Ibid., p. 1.242. Também HANS WELZEL, op. cit., p. 309: "La prescripción también se detiene durante el período de pasividad de los tribunales."

Nestes termos, a sentença de primeiro grau, a partir de seu pronunciamento, figura como causa impeditiva do curso do prazo prescricional. O StGB arrola-a como causa suspensiva. Ora, é inviável a retomada do prazo assim "suspensão", porquanto após o trânsito em julgado da decisão (que seria então termo "ad quem" da causa suspensiva) fala-se em prescrição da execução da pena, e não em prescrição da ação. Prevalece, portanto, o entendimento de que se está diante de causa impeditiva do curso prescricional antes do trânsito em julgado da sentença.

Já as penas, exceto aquelas previstas para o crime de genocídio e as prisões perpétuas (imprescritíveis), têm sua execução prescrita consoante determina o parágrafo 79, III, StGB:

"I- vinte e cinco anos, para a prisão superior a dez anos;

II- vinte anos, para a prisão superior a cinco anos, até dez anos;

III- dez anos, para a prisão superior a um ano, até cinco anos;

IV- cinco anos, para prisão até um ano e para multa superior a trinta dias-multa;

V- três anos, para a multa até trinta dias-multa."

Assenta o parágrafo 79, IV, 1, StGB a imprescritibilidade da medida de segurança. Para as demais medidas, o prazo de prescrição é de dez anos. Ordenada a fiscalização da conduta do agente ou o primeiro internamento num sanatório para toxicômanos, então o prazo é de cinco anos, conforme o parag. 79, IV, 2, StGB.

Dessume da análise do sistema tedesco, à semelhança do sistema italiano, a imposição de prazos maiores para a prescrição da execução penal, desta feita através da previsão de duas tabelas temporais, distanciando-se também do sistema brasileiro.

A seu turno, o sistema de prazos adotado pelo CP espanhol assemelha-se, em linhas gerais, aos precedentes diplomas estrangeiros, ao disciplinar diversamente os prazos prescricionais em duas tabelas, segundo incida o instituto antes ou após o trânsito em julgado da sentença.

Pelo art. 131 do CP espanhol de 1.995, toma-se a gravidade das penas por referência, prescrevendo os delitos:

"Aos 20 anos, quando a pena máxima prevista para o delito seja prisão de 15 ou mais anos; (73)

⁷³- A pena de morte foi abolida pelo art. 15 da Constituição espanhola.

Aos 15, quando a pena máxima prevista pela lei seja de inabilitação por mais de 10 anos, ou prisão por mais de 10 e menos de 15 anos;

Aos 10, quando a pena máxima prevista pela lei seja inabilitação por mais de 06 anos e menos de 10, ou prisão por mais de 05 e menos de 10 anos;

Aos 05, os restantes delitos graves

Aos três, os delitos menos graves.

A calúnia e a injúria prescrevem em 01 ano."

Criticava-se o CP/76 por ter adotado a qualidade da pena nas duas primeiras faixas temporais e a quantidade da pena nas posteriores. No direito espanhol, discutia-se se as penas não privativas de liberdade estavam sujeitas a 10 aa. de prescrição quando seu limite temporal ultrapassasse de 06 anos ou, por serem "menos graves" (terminologia do CP então vigente), teriam prazo de 05 anos. Vigorava então o art. 113, que previa a prescrição em 10 anos de penas superiores a 06, não discriminando qual tipo de pena. Prevalencia a corrente menos técnica - pois o CP espanhol adotava o critério da qualidade das penas, ou "qualitativo", apenas para os dois primeiros prazos prescricionais (20 e 15 anos), passando após para o critério "quantitativo" - porém mais justa, segundo a qual as penas

não privativas de liberdade prescreviam em 05 anos, adequando-se ao art. 113, inciso IV. ⁽⁷⁴⁾

Atualmente, com o CP de 1995, a questão ficou superada, pois as hipóteses de inabilitação (pena que dava margem à discussão) ficaram contempladas às claras.

Como critério para aferição da pena em abstrato, o entendimento na Espanha (pacífico na doutrina, majoritário na jurisprudência) é de que à pena máxima em abstrato se acrescentam as majorantes e minorantes, graus de execução da conduta (forma tentada e consumada) e graus de participação, ⁽⁷⁵⁾ já que o CP atual, repetindo a lacuna do CP de 1.973, não prevê nada a respeito (da mesma forma, o Código Penal brasileiro, dando margem à ampla corrente doutrinária e jurisprudencial adequada à linha seguida na Espanha).

A propósito de lacuna do texto legal espanhol de 1.973 atinente à possibilidade de prescrição intercorrente (após a sentença condenatória e antes do trânsito em julgado), MORILLAS CUEVA faz remissão à interessante sentença do TS de 23.09.74, que dispunha inaplicáveis as regras de prescrição da pena em face da

⁷⁴- Cf. MORILLAS CUEVA, op. cit., pp. 46-51.

⁷⁵- Ibid., pp. 54-55. No mesmo sentido, BUSTOS RAMÍREZ, op. cit., p. 414. Contra: MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 174.

inexistência de sentença definitiva e, "pari passu", diante da já existente pena "in concreto", impunha a observância desta, ou a maior pedida pela acusação (no caso de recurso), para efeitos de incidência na tábua de prazos prescricionais do CP. MORILLAS CUEVA concorda com a primeira conclusão, porém quanto à segunda sugere seja adotada a pena máxima prevista no tipo, com as circunstâncias do crime capazes de interferir na pena já balizadas na sentença. ⁽⁷⁶⁾ A omissão continua presente no CP vigente.

Neste aspecto, o fato de a lei brasileira não silenciar, dispondo no art. 110, parágrafo 1o., sobre a prescrição superveniente, é elogiável (note-se que não há elogio ao conteúdo da norma, e sim ao fato de existir previsão a respeito, porquanto a norma alemã, previdente do impedimento do fluxo do prazo prescricional enquanto o recurso não é apreciado, é mais lógica).

Quanto à prescrição após transitar em julgado a sentença, houve redução substancial nos prazos máximos, no cotejo com o CP/73. Este previa ocorrência em 35 anos, para penas de reclusão maior; em 25 anos para penas de reclusão menor; em 15 anos, penas excedentes a 06 anos; em 10 anos, penas excedentes a 01 aa., não superior a 06 aa. e, em 05 anos, as penas restantes, exceto as leves, que

⁷⁶- Ibid., pp. 90-91.

prescreviam em 01 ano. As faltas tinham prazo prescricional de 02 meses. A atual redação, art. 133, estipula serem imprescritíveis as penas alusivas a genocídio (assim também quanto à prescrição antes do trânsito em julgado, conforme art. 131, CP). Prescrevem as penas:

"Aos 25 anos, as de prisão de 15 ou mais anos;

Aos 20, as de inabilitação por mais de 10 anos e as de prisão por mais de 10 e menos de 15;

Aos 15, as de inabilitação por mais de 06 anos e menos de 10 e as de prisão por mais de 05 e menos de 10 anos;

Aos 10, as restantes penas graves;

Aos 05, as penas menos graves;

Em 01 ano, as penas leves."

Coincidem os três ordenamentos jurídicos examinados no ponto em que disciplinam prazos prescricionais dirigidos à pretensão executória mais extensos em comparação com aqueles relativos ao exercício da pretensão punitiva (terminologia brasileira). Com efeito, também o CP espanhol adota esta direção. Não poderia ser diferente.

Com efeito, o processo destina-se ao exercício da pretensão punitiva, objetivando especificamente

atingir a punibilidade do agente "in concreto". Sendo a prescrição vista como perda do interesse estatal nesta punibilidade, pelo decurso do tempo, a contrapartida também é válida: há um reforço da pretensão punitiva quando o Estado, exercendo funções de acusação, obtém o decreto condenatório. Se, no primeiro caso, o passar do tempo apaga o interesse estatal na punibilidade do fato, fazendo com que renuncie aos próprios atos persecutórios, tem-se, no segundo caso, efeito oposto: durante o passar do tempo, o estado-acusador fortaleceu o interesse na condenação, logrando obter sentença neste sentido após praticar os atos persecutórios de sua responsabilidade.

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 de 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 (com remissão ao pensamento de LIEBMAN).

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 StGB, parágrafo 78-B, III, 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.

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 este 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 - a 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 imprescinde de reprimenda, reforçando-se o exercício do direito de punir pelo Estado.

MORILLAS CUEVA, pleno de razões, ensina que os prazos da prescrição após o trânsito em julgado da sentença são delimitados pela discricionariedade

legislativa, todavia com duas regras genéricas que devem ser sempre consideradas ⁽⁷⁷⁾

a) *"los plazos de prescripción de la pena deben tener más duración que los de la prescripción del delito en razón al mayor valor que ha de darse a una sentencia en la cual ya ha sido apreciada una responsabilidad criminal concreta del sujeto en comparación a una presunción de culpabilidad, donde la existencia de responsabilidad es sólo presumible. (...) b) el tiempo del plazo prescriptivo de la pena ha de ser más amplio que la duración de la propia pena impuesta por sentencia firme a que se refiera."*

Para QUINTERO OLIVARES ⁽⁷⁸⁾ a prescrição da pena possui prazos que:

"...obviamente son más largos que los de la prescripción del delito, entre otras cosas porque quien ha sido ya

⁷⁷⁻ Ibid., p. 84.

⁷⁸⁻ GONZALO QUINTERO OLIVARES, op. cit., pp. 684-685, repetindo argumento de SILVELA.

condenado en sentencia firme ha visto afirmada su responsabilidad criminal positivamente, cosa que no puede decirse del autor supuesto de un delito no juzgado."

Em outros ordenamentos jurídicos se repete a maior extensão dos prazos alusivos à prescrição após o trânsito em julgado. Por exemplo, o CP uruguaio majora em 1/3 o prazo prescricional da pretensão punitiva para obter o da pretensão executória. Com base no texto uruguaio, CAIROLI MARTINEZ ⁽⁷⁹⁾ conclui de maneira idêntica aos autores acima invocados:

"La diferencia con el instituto de la prescripción del delito es que en la prescripción de la pena, el tiempo para prescribir es mayor en un tercio al que corresponda por cada delito. Esto se explica perfectamente pues acá el Estado ya hizo uso de su facultad de punir en el fallo pertinente y entendió por tanto que el ilícito incriminado estaba plenamente probado, de allá la exigencia de mayor término."

⁷⁹- MILTON CAIROLI MARTINEZ, Curso de Derecho Penal Uruguayo, tomo III, p. 228.

O CP argentino tem fixado o prazo prescricional máximo da pretensão punitiva em quinze anos e em 20 anos o da pretensão executória (art. 65). Esta mesma norma, todavia, foge à segunda regra proposta por MORILLAS CUEVA com relação aos prazos em matéria de prescrição da pretensão executória, ao estipular que se opere a prescrição em tempo igual ao da condenação, quando houver reclusão ou prisão temporal (sendo superior a 20 aa., adota-se o limite máximo). ⁽⁸⁰⁾

No dizer de ZAFFARONI, no caso da prescrição da pretensão punitiva, o transcurso do tempo torna inútil a pena e há um desinteresse do estado na persecução (cuja existência não pode ser atribuída ao autor do crime). Este segundo aspecto não aparece na execução da pena. De consequência:

"...los plazos de prescripción de la acción suelen ser inferiores a los de prescripción de la pena." ⁽⁸¹⁾

⁸⁰- MORILLAS CUEVA, op. cit., pp. 84-85. A prescrição da pretensão executória tem que ser maior que o tempo da própria pena para evitar a chamada "pena do torpe", em hipótese formulada por ANTÓN ONECA: se duas pessoas são condenadas à prisão perpétua (prevendo a lei exemplificativamente que prescreve em 20 anos) e um foge, após o prazo será beneficiado com a fuga, estando em pior situação aquele que se submeteu à punição, num evidente paradoxo.

⁸¹- E.R. ZAFFARONI, "Manual...", p. 650.

A lição do argentino OSCAR N. VERA BARROS, por fim, parece encerrar a suma de todo o pensamento a respeito, ao afirmar que:

"...resulta justificada la mayor extensión de los plazos, tratándose de la prescripción de la pena. Mientras que en la prescripción de la acción penal sólo existe la posibilidad de una condena, tratándose de la prescripción de la ejecutabilidad, lo que sólo aparecía como posible, adquiere concreción en una sentencia que aplica pena, dictada en base de una declaración de culpabilidad. El olvido requiere aquí mayor tiempo, porque el interés público se dirige más que a la infracción, al proceso y a la sentencia. Por otra parte, en esta especie de prescripción, no juega ya la razón de orden probatorio, de la ineficacia o desaparición de las pruebas. La sentencia ha asegurado la eficacia de la prueba y fijado el recuerdo del delito. (...) La autoridad del estado merece también mayor

protección, por quanto ha materializado su pretensión punitiva." ^(81-A)

Em conclusão, apresenta-se a sistemática do CP brasileiro, quanto aos prazos prescricionais, inadequada.

A inadequação advém, primeiro, do fato de fazer incidir a pena aplicada na tábua de prazos do art. 109, CP, para cálculo da prescrição da pretensão executória, sendo que a mesma tábua é adotada pelo art. 109 para o cálculo da prescrição da pretensão punitiva, pela incidência da pena máxima em abstrato. Por conseguinte, abstraída a norma de exceção relativa ao acréscimo de 1/3 proveniente da reincidência (art. 110, "caput", "in fine", CP), a regra é de que o prazo prescricional da pretensão executória sempre será ou menor (maioria absoluta dos casos, em que a pena imposta na sentença fica bastante aquém do máximo cominado e finda por mudar de faixa prescricional, assim entendidos os incisos do art. 109) ou igual ao da pretensão punitiva (nos casos raros em que a pena "in concreto" for aplicada pelo máximo legal ou em marco que importe na permanência da previsão do prazo prescricional na faixa antes utilizada).

^{81-A}- OSCAR N. VERA BARROS, "La Prescripción Penal en el Código Penal", pp. 165/166.

Referida situação colide com os principais diplomas penais estrangeiros e com uníssona manifestação doutrinária. ⁽⁸²⁾

Em segundo lugar, a solução do CP é inadequada ao adotar a pena "in concreto" para o cálculo da prescrição superveniente e retroativa por idênticas razões, pois que em ambas já se deu o reforço do interesse do Ministério Público na obtenção da sentença condenatória com a prolação desta. Isto será examinado adiante.

A sistemática do CP, no particular, está a exigir reforma, com estabelecimento de prazos diversos e maiores para o exercício da pretensão executória. Afinal, a prescrição tem lugar à medida que a passagem do tempo torna inútil a pena, trazendo à lume o desinteresse do Estado na punibilidade, à qual renuncia. Então, a renúncia do Estado após decretada a punibilidade do agente, através de sentença, somente pode ser aceita em lapsos temporais maiores, pena de inexplicável contrasenso, qual seja, ter o Estado-acusador um prazo determinado para ver confirmado seu direito pelo órgão jurisdicional e, após ratificado este direito, ter um prazo menor para exercê-lo. ⁽⁸³⁾

⁸²- ANTONIO RODRIGUES PORTO, op. cit., p. 12 (ed. 1.983) anota, no sentido do texto, que a maioria dos códigos penais adota prazos mais longos para a prescrição após o trânsito em julgado, ao contrário do nosso.

Afinal, se o estado tem X anos para obter o decreto condenatório definitivo, deve ter X + Y anos para fazer cumprir a condenação obtida. Do contrário, estaria o estado afirmando seu desinteresse em cumprir uma pena em tempo inferior àquele que levou para demonstrar sua necessidade.

Acrescente-se, finalmente, que quanto à pretensão punitiva, paira dúvida sobre a responsabilidade do acusado, vigorando inclusive a presunção de inocência, como garantia constitucional. Reversamente, a aplicação da pena em definitivo elimina esta presunção, ratificando "ipso facto", com mais força, a necessidade de punição. Deixando de ocorrer a execução da pena, pela intervenção inoportuna da prescrição, esta atua não segundo seus próprios

⁸³- No sentido do texto, CHRISTIANO JOSÉ DE ALMEIDA, op. cit., p. 96: *"Depois da condenação criminal transitada em julgado, não é justo que a prescrição ocorra em lapso de tempo menor do que o exigido para antes da proclamação condenatória."* Porém, a proposta do autor, no sentido de que a tábua de prazos deve ser a mesma, não se adotando a pena imposta para o cálculo após a prestação jurisdicional definitiva, merece reparo: a pena concretizada serve perfeitamente como parâmetro para o cálculo da prescrição dita "da pena", em conta dos princípios de individualização do fato e proporcionalidade que informam a gravidade do fato, critério básico do sistema legal. Daí serem necessários prazos diversos, no sentido dos ordenamentos penais estrangeiros citados. Também ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, op. cit., pp. 354-355, com apoio em HAUS, GARRAUD e nas conclusões da IV Conferência da Federação Interamericana de Advogados (Santiago do Chile, 1945), conclui: *"...a impressão que fica no espírito público de uma condenação penal, se efetivamente não for mais profunda e duradoura, que a recordação do próprio crime, presume-se que o seja, pelas razões expostas, e isto autoriza a majoração dos lapsos prescritivos da pena, em confronto com os da ação."* Na sequência, alude à tradição contrária do direito brasileiro, exceto os Projetos GALDINO SIQUEIRA, SÁ PEREIRA e ALCÂNTARA MACHADO, substitutivos do CP de 1.890, que não vingaram (este último foi revisado dando redação ao CP de 1.940).

fundamentos, deixados "a latere", e sim como fator de fomento da impunidade surgido por força de erro sistêmico.

V- Crítica ao Sistema de Atos Interruptivos da Prescrição adotado no CP brasileiro

Estabeleceu-se que radicam os fundamentos da prescrição no desinteresse estatal de exercer seu direito de punir, pois este paulatinamente desaparece - à medida que, pelo passar do tempo - os efeitos preventivos hauridos da condenação já não se façam sentir.

Assim, o prazo prescricional, quando superado, traduz a inércia estatal tocante à persecução de um fato penalmente relevante ou à execução da sanção penal. Há renúncia estatal em relação a ambas, cada qual ocorrendo segundo o momento em que a inércia aconteça (antes ou após o trânsito em julgado).

Esta afirmação conduz, "a contrario sensu", à conclusão de que o exercício de atos persecutórios destinados à apuração do fato e punição do infrator demonstram a inequívoca intenção estatal de exercer seu direito de punir. Em outras palavras, cada ato persecutório do Estado chancela seu interesse na punição e, portanto, afasta qualquer possibilidade de conceber-se tenha renunciado ao "jus puniendi". Eis aí o motivo pelo qual o fluxo da prescrição penal é passível de interrupção. Veja-se a afirmação de FIGUEIREDO DIAS ^(83-A)

"O decurso do tempo (...) não pode favorecer o agente quando a pretensão punitiva do Estado e suas exigências de punição são confirmadas através de certos actos de perseguição penal" .

Idênticas considerações tece QUINTERO

OLIVARES (^{83-B})

"...si la prescripción se funda en la fuerza destructora del paso del tiempo que "va borrando de la memoria" es evidente que, mientras continúe o se vuelva a investigar el delito, no puede hablarse de tal olvido."

No Brasil, a orientação se faz sentir na doutrina, a exemplo de ALOYSIO DE CARVALHO FILHO (^{83-c}):

^{83-A} JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, op. cit., p. 708. No Brasil, há semelhante manifestação em ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, op. cit., p. 425, aduzindo: *"Para a justificativa da interrupção do prazo prescritivo busca-se o próprio fundamento do instituto. Se a ação criminal prescreve, ou a pena, em vista da desnecessidade da repressão, pelo esquecimento em que o tempo vai envolvendo o crime, todos os atos praticados no sentido da punição do delinquente, e reveladores do interesse do Estado nessa punição devem, logicamente, interromper a prescrição."* Assim também CHRISTIANO JOSÉ DE ALMEIDA, op. cit., p. 124 e BASILEU GARCIA, op. cit., p. 707.

^{83-B} G. QUINTERO OLIVARES, op. cit., p. 683.

^{83-c} - ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, op. cit., p. 425.

"Para a justificativa da interrupção do prazo prescricional busca-se o próprio fundamento do instituto. Se a ação criminal prescreve, ou a pena, em vista da desnecessidade da repressão, pelo esquecimento em que o tempo vai envolvendo o crime, todos os atos praticados no sentido da punição do delinqüente, e reveladores do interesse do Estado nessa punição devem, logicamente, interromper a prescrição."

O cerne da interrupção dos prazos prescricionais está na incompatibilidade de uma ação em movimento - por força dos atos persecutórios - com a ocorrência de prescrição. Se a prescrição atinge o direito do Estado que, inerte, dá mostras claras de desinteresse no exercício do "jus puniendi", estando em movimento a ação penal, não há inércia. Ao contrário, os atos persecutórios, a cada momento em que praticados, reafirmam o interesse estatal na punibilidade, pois se destinam a este fim. "Pari passu", sendo os atos processuais encadeados com vistas à sentença, a cada ato persecutório o estado se aproxima cada vez mais da condenação postulada junto ao Estado-juiz.

A fluência do prazo prescricional se inicia com a consumação do fato ou último ato de tentativa (adota-se na maior parte das legislações o momento de cessação da ilicitude ou ofensa ao bem jurídico, não discrepando o CP brasileiro, conforme art. 111), sendo obstada pelo primeiro ato persecutório. Daí em diante, só pode se consumir nos intervalos entre estes atos - onde de fato há inércia - e, ao contrário, a cada ato de impulso processual voltado para o exercício do direito de punir, logicamente a prescrição recomeçará a correr.

No momento em que o Estado reafirma o interesse na punição, tornando clara a inexistência de renúncia ao "jus puniendi", o prazo que corria para que isto ocorresse deixa de ter qualquer valor. Flui então o lapso prescricional "ex novo", daí dizer-se que o período pretérito é "esquecido."

Em preciosa lição, MORILLAS CUEVA ⁽⁸⁴⁾ apoiado no francês GARRAUD e no argentino OSCAR VERA BARROS ^(84-a) apresenta quatro estruturas básicas de construção sistêmica das causas interruptivas:

⁸⁴ MORILLAS CUEVA, op. cit., pp. 75-76. O autor situa a origem histórica das causas interruptivas no CP francês de 1.791.

^{84-A} OSCAR VERA BARROS, op. cit., pp. 123/127, tece severas críticas à interrupção da prescrição por atos de procedimento, considerando que colide com o próprio fundamento da prescrição (passagem do tempo, que dá lugar ao esquecimento do fato), que a atuação persecutória não implica

1- sistemas que têm em conta como causadores de interrupção os atos de procedimento dirigidos contra o autor;

2- sistemas que adotam como causas de interrupção a condenação ou um ato do juiz;

3- sistemas que adotam como causas de interrupção uma combinação dos modelos "1" e "2";

4- sistemas que têm como causas de interrupção conjuntamente atos de procedimento e atos comissivos de novos crimes.

Na primeira hipótese, toda vez que se pratica um ato procedimental que implique na tramitação do processo, no afã de levá-lo ao resultado final condenatório, está-se diante de ato dirigido contra o autor.

na recordação do crime pela sociedade, que o exercício do direito prescribendo só afastaria a prescrição em tema de direito civil. Todas as objeções não prosperam: a um, a passagem do tempo associa-se à progressiva inutilidade da pena, pelo desinteresse público em sua aplicação e execução - e não só pelo esquecimento do crime - de modo que o ato persecutório traduz exatamente a renovação da memória do fato no seio social, para realização dos efeitos preventivos gerais, ao passo em que busca a atuação estatal preventivo-especial; a dois, é óbvio que a atuação persecutória implica em rememoração do fato pela sociedade, desde que realizada através do órgão que representa justamente seus interesses, o M.P., bem como pelo aparelho judiciário revestido da qualidade de Poder, cujo exercício dá-se em nome do povo (o próprio VERA BARROS parece assim entender, ao justificar as razões pelas quais os prazos destinados a regular o exercício da pretensão executória devem ser maiores que aqueles alusivos à prescrição da pretensão punitiva, cf. nota 81-A); quanto ao confronto entre prescrição penal e civil, remeto aos argumentos lançados no item III.3, "in fine".

O sistema é absolutamente racional, pois traduz exatamente a impossibilidade de prescrever a ação em movimento, conferindo-se a cada ato de impulsão do feito contra o réu o caráter interruptivo. Como já se disse, estes atos trazem consigo a idéia de que o estado mantém o interesse direcionado à punibilidade do autor do ilícito. Reversamente, implica na prescrição da ação a inércia do órgão estatal oficiante pelo prazo assinalado em lei, considerado a partir do último ato de movimentação.

Como exemplo deste sistema, o atual art. 132, inciso 2 do CP espanhol, mantendo a linha anterior, prevê:

"La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena."

O que é procedimento, para efeitos de hermenêutica do texto legal ? Define-o a jurisprudência da mais alta Corte espanhola: a STS 02.07.1878 estipulou que seriam todos os atos encaminhados à instrução da causa sob forma e pelos trâmites designados na lei. Encampando o posicionamento secular, na STS 06.06.67 definiu-se que

também amoldam-se à expressão legal "procedimento" todas as atuações para descobrimento e persecução do crime. ⁽⁸⁵⁾

São considerados pela jurisprudência, neste passo, como interruptivos os seguintes atos: reinício da atividade processual instrutora (STS 02.05.58); pedido de extradição (STS 26.06.72, 30.11.74 e 31.05.77); reabertura do sumário para a prática de qualquer diligência dirigida contra o culpável (STS 30.11.74).

De outra banda, diligências inócuas, que não sejam diretamente endereçadas contra o processado, não interrompem a prescrição, a exemplo de certidões lavradas no curso do feito (sobre antecedentes, por exemplo). ⁽⁸⁶⁾

Ainda, a STS de 30.11.74 estabeleceu que a paralisação poderia se dar tanto por inércia das partes como por descuido do Tribunal. ⁽⁸⁷⁾

A declaração de revelia paralisa o processo penal espanhol. O C.P. de 1870 dispunha que a paralisação em caso de revelia não importaria no reinício da fluência da prescrição. No silêncio dos CP's seguintes, a

⁸⁵- Ibid., p. 77. Na mesma linha do entendimento já centenário, arrola STS 25.04.75, 21.02.76 e 27.05.77.

⁸⁶- Ibid., p. 80.

⁸⁷- Ibid., p. 81.

jurisprudência findou por considerar que a revelia paralisa o processo e faz reiniciar prescrição. Pela STS de 27.11.59, apesar da declaração da revelia, continuando - por parte da polícia - as atividades para localização, não se considera paralisado o procedimento, porque tal pesquisa praticada pela polícia judicial ostenta caráter de diligência judicial, integrando o procedimento. Então, não opera a prescrição. Neste mesmo passo, DEL TORO e CORDOBA RODA ⁽⁸⁸⁾

O segundo sistema, baseado na prolação da sentença e outros atos judiciais como causas interruptivas, toma em consideração atuar o Estado-acusador apenas provisoriamente no intuito de levar adiante o "jus persecuendi" do delito, eis que somente confirma-se a necessidade da reprimenda através dos órgãos jurisdicionais estatais. Portanto, a movimentação destes no sentido de fazerem tramitar a ação é que importa para o estabelecimento dos atos capazes de causar a prescrição.

Este sistema, como se vê, despreza a atuação do Ministério Público como órgão encarregado, por excelência, de exercitar a ação penal em nome do Estado como um todo, o que é absolutamente errôneo.

Os atos do juízo dirigidos à tramitação do feito importam, de fato, na "rememoração" do evento

⁸⁸ Ibid., p. 82.

criminoso, de maneira a adequarem-se aos princípios basilares que dizem com a existência de causas interruptivas da prescrição penal. Entrementes, "a fortiori" se repete esta situação no tocante ao órgão ministerial, porquanto - de modo até mais incisivo - leva adiante a pretensão punitiva, atuando como parte "sui generis" ou imparcial (esta "imparcialidade" do M.P. leva parte da doutrina à desconsideração do processo penal como autêntico processo de partes, tema que todavia refoge aos limites desta pesquisa). Destarte, seus atos igualmente têm o condão de interromper a prescrição, por importarem em movimento da persecução penal. Neste diapasão, a lição de FIGUEIREDO DIAS ⁽⁸⁹⁾

"Só "actos judiciais em sentido estrito" (actos de um juiz, não também actos de outros sujeitos processuais) devem ser elevados à dignidade de causas de interrupção da prescrição. Este princípio não pode hoje, porém, afirmar-se sem limitações, derivadas da circunstância de na efectivação da pretensão punitiva participar não só o juiz, mas também - para aquele efeito com um papel de não menor importância - o magistrado do Ministério Público:

⁸⁹- JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, op. cit., p. 708.

também certos actos que pertencem à competência deste devem pois ter a virtualidade de interromper a prescrição."

Na seqüência, alude o doutrinador português ao StGB, que admite interrupção, no parag. 78-C I, até mesmo a partir de atos policiais.

De qualquer forma, o fortalecimento do princípio acusatório no processo penal moderno, tornando mais e mais afastado o juiz presidente da prática de papel inquisitorial no feito e cometendo todos os atos de atividade persecutória ao M.P. reforça a crítica ora lavrada.

No México, onde há espaço para a mesma discussão, constam excertos dando conta de que atos praticados ante e pela autoridade judicial, ao lado de atos praticados pelo M.P., por exemplo, em fase de averiguação prévia (destinada à determinação do crime e obtenção de dados a fim de demonstrar oportunamente, ante os tribunais, a responsabilidade do delinquente - trata-se de controle pelo "parquet" da fase correspondente no Brasil ao inquérito policial) interrompem o curso da prescrição. Assim, registra RAÚL NAVARRO GARCIA o seguinte julgado (⁹⁰)

"Si bien es cierto que se ha sostenido que las actuaciones interruptoras de la prescripción penal sólo son aquéllas que se llevan a cabo ante y por la autoridad judicial, también lo es que de acuerdo a la interpretación rigurosa del artículo 110 del Código Sustantivo Federal, las actuaciones llevadas a cabo por el Ministerio Público, son interruptoras de los términos de la prescripción penal, ya que claramente dispone dicho artículo que la prescripción de las acciones se interrumpirá por las actuaciones que se practiquen en averiguación del delito u delincuentes, siendo precisamente el Ministerio Público el órgano constitucionalmente facultado para cumplir la fase averiguatoria del procedimiento."

⁹⁰ RAÚL NAVARRO GARCIA, op. cit., p. 307. Precedente constante do Semanario Judicial de la Federación, LXI, p. 45, sexta época, segunda parte. O autor menciona críticas de CARRARA às construções legais em que os atos ministeriais interrompem a prescrição, ao contrário do texto. Porém, CARRARA fundamentava-se na teoria do "esquecimento" para basear a prescrição, entendendo que o fato do M.P. exercitar a ação penal não impedia fosse o fato ilícito olvidado pela sociedade, a não ser que o órgão ministerial saísse às ruas para divulgar a prática do ato processual interruptivo. Estando a teoria do esquecimento já criticada pela sua insuficiência, prejudicam-se as argumentações do clássico mestre de Pisa.

Na verdade, afastando os atos do Ministério Público da estrutura de causas interruptivas, qualquer sistema legal incorrerá em rotundo equívoco, pois estará eliminando através da prescrição o direito de punir, pressupondo um desinteresse por este direito, quando o órgão que por excelência pode manifestar tal interesse não tem como fazê-lo para efeitos de impedir a fluência do curso da prescrição. E não se olvide que, no caso do Brasil, a titularidade da pretensão punitiva é atribuída ao Ministério Público por destinação constitucional, art. 129, inciso I, CF/88.

Destarte, o segundo sistema alija do rol de causas interruptivas os atos praticados pelo Ministério Público, o que resulta inadequado, pois este é o titular da ação penal e tem por mister o exercício da pretensão punitiva, que é precisamente o que se fulmina pela prescrição.

O terceiro sistema, compondo no rol de causas interruptivas atos do juízo e do "parquet", pelo que até aqui se expôs, atende aos fundamentos das causas interruptivas, assinalando-se que a sentença condenatória, pelo que representa em termos de revitalização da pretensão

punitiva (^{90-a}) deve sempre ser contemplada como causa de interrupção.

O último dos sistemas, que tem como causas de interrupção conjuntamente atos de procedimento e atos comissivos de novos crimes, é o mais completo.

A adição da prática de novas infrações penais como causa interruptiva reside em fundamentos completamente diversos daqueles que justificam o reinício do prazo pela existência de atos de procedimento.

Com efeito, a interrupção pela prática de novos crimes toma em consideração o reforço da necessidade de punir-se o infrator, numa clara concessão aos influxos positivistas que atribuem missão preventivo-especial às penas. Assim, a cada prática de novo crime, já estando o sentenciado submetido à sanção penal, este demonstra a insuficiência dos efeitos projetados pela primeira pena infligida. Estando foragido, demonstra a não intimidação em face do aparelho repressivo que há pouco atuara em seu desfavor. Então o Estado, atento à periculosidade do agente e ao "plus" de ameaça que representa para a sociedade, redobra seu interesse com vistas ao exercício do "jus executionis". Tem, em face

^{90-a} - No particular, remeto ao item IV.

disso, a devolução do prazo atinente à prescrição da pretensão executória.

Neste sentido, MORILLAS CUEVA ^(90-b) critica o CP espanhol por não contemplar a prática de novo crime como causa interruptiva da prescrição da pena. Cita FERRER SAMA, para quem esta opera independentemente de previsão legal. Com razão, porém, replica dizendo que esta posição importaria em ofensa ao princípio da legalidade.

Adiantando, de logo, que no Brasil adota-se a reincidência como causa interruptiva da prescrição da pretensão executória, segundo a melhor exegese do art. 117, VI, CP. De fato, a comissão de novos crimes incide somente interrompendo a prescrição da pretensão executória. Não tem sentido interromper-se a prescrição relativa ao exercício da pretensão punitiva de um fato, prejudicando-se com isto o imputado, se não se conhece, ainda, o resultado final do processo. Assim, se no curso do prazo prescricional da pretensão punitiva relativa a um crime "A", o réu comete o crime "B" e é por ele condenado, sendo que já havia sido condenado com trânsito em julgado pelo crime "C", anterior a ambos, haverá reincidência, reconhecida pela condenação quando do crime "B". Sendo comunicada esta reincidência no processo pelo crime "A", nem por isso autoriza-se a paralisação do curso prescricional, pois poderá ser editada

^{90-b} – MORILLAS CUEVA, *op. cit.*, p. 93.

sentença absolutória, e o prazo prescricional teria sido interrompido em prejuízo do agente. ⁽⁹¹⁾

Exemplo do quarto sistema tázido por MORILLAS CUEVA é o CP argentino. De fato, mediante o art. 67, parágrafo 3o., contempla o diploma penal platino duas causas interruptivas: a comissão de outro crime e a "secuela del juicio".^(91-A)

Esta segunda causa, introduzida pela lei 13.569/49, modificou o art. 67 do CP platino. Sua interpretação, não obstante o quase meio século de vigência, é ainda objeto de controvérsias.

Explica RAÚL ALBERTO RAMAYO ⁽⁹²⁾ que a acolhida pouco favorável da lei não radicou no fato de

⁹¹⁻ Neste sentido, RODRIGUES PORTO (op. cit., p. 90), utilizando-se ainda da colocação topográfica da reincidência no inciso VI do art. 117 como a demonstrar aplicar-se somente à prescrição da pretensão executória. Entre nós, ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, op. cit., p. 431, percebe a diversidade de fundamentos entre a causa interruptiva prevista no art. 117, VI, CP e as demais, aceitando sua colocação em vista do realce que confere à periculosidade do sentenciado. Da mesma forma, BASILEU GARCIA, op. cit., p. 709. Vale acrescentar que a legislação prevê, também, o acréscimo do prazo prescricional alusivo à pretensão executória em 1/3 no caso de reincidência do réu sentenciado reconhecida na sentença condenatória, conforme artigo 110, "caput", "in fine", CP. Também aqui só poderia incidir a majoração no tocante ao prazo da pretensão executória, pois, no caso da absolvição do réu, o prejuízo seria irreparável se houvesse acréscimo do lapso prescricional e, antes disso, haveria ofensa ao princípio da presunção de inocência, razões suficientes para se compreender não deva a majoração de 1/3 dos prazos prescricionais em caso de reincidência atuar com faces voltadas para a prescrição da pretensão punitiva.

^{91-A-} A expressão foi traduzida por ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, op. cit., p. 424, como "movimentação do processo".

⁹²⁻ RAUL ALBERTO RAMAYO. "La "secuela del juicio" y la interrupción de la prescripción de la acción penal". In: Revista Jurídica Argentina "La

introduzir o princípio da imprescritibilidade da ação penal em curso (até então, a ação em curso prescrevia), e sim na locução eleita para trasladar este princípio para a lei. Por seu turno, ZAFFARONI dá a exata dimensão desta crítica, afirmando ser vaga a expressão, aventando sua inconstitucionalidade, por lesionar os princípios da legalidade e da igualdade perante a lei. ⁽⁹³⁾

No dizer de RAMAYO ⁽⁹⁴⁾, a locução comporta as seguintes dúvidas: a) não se sabe se "juicio" significa todo o caminho percorrido pela ação penal (desde a comissão do crime até sua extinção) ou a etapa contraditória do processo penal e b) não se sabe se "secuela" significa qualquer trâmite dentro do processo ou certos atos que revestem determinadas condições.

Para RAMAYO, a ação penal se origina no momento da comissão do crime ⁽⁹⁵⁾ de modo que a expressão

Ley", n. 109, pp. 1.070, anotando a concordância de JIMÉNEZ DE ASÚA com o princípio da imprescritibilidade da ação penal em movimento.

⁹³ E.R. ZAFFARONI, "Manual...", pp. 653-654. Afirma o autor, por outro lado, ser questão processual determinar quais atos são os que impulsionam o processo e quais se realizam "no processo", sem impulsioná-lo, a partir de uma teoria restritiva, que coadune a expressão "secuela del juicio" com os primeiros atos.

⁹⁴ R. A. RAMAYO, op. cit., pp. 1.070-1.071.

⁹⁵ Ibid., p. 1.074, com apoio em SOLER, a quem cita textualmente: "...la acción no es más que el momento dinámico de una pretensión punitiva preexistente y estática, a la qual la desencadena la comisión de un hecho. Producido éste, la amenaza genérica de una pena se pone en relación con un sujeto determinado, por medio de la actividad de una serie de órganos, tendiente a producir, en los hechos, la consecuencia amenazada, esto es, la pena."

"juicio" deve ser interpretada ampliativamente, abrangendo atos estatais praticados desde a existência do fato como evento natural. Até que se extinga - prossegue o autor - a pretensão punitiva segue válida. O bem jurídico tutelado pela "secuela del juicio" consiste em impedir que a ação penal possa prescrever enquanto os órgãos judiciais - ou o particular - expressem inequívoca vontade de reprimir o crime. Quanto à expressão "secuela", não caberia interpretação extensiva, pois do contrário a própria prescrição da ação penal não teria lugar, e os processos estariam permanentemente abertos.

Assim, a citação do fugitivo por edital, a intimação para interrogatório, o interrogatório, a apelação do ato de paralisação do processo pelo M.P., a expedição do mandado de prisão, a dedução de queixa crime em ação penal privada são atos capazes de interromper o curso da prescrição, segundo entendimentos jurisprudenciais. Já simples atos de trâmite, muitas vezes desconhecidos para o processado, não são "secuela". ⁽⁹⁶⁾

Em corolário, arremata RAMAYO que a expressão "secuela del juicio" alberga atos praticados em

⁹⁶- Ibid., pp. 1.075-1.076. A propósito, assinala ZAFFARONI, "Manual...", p. 640, que a "secuela del juicio" só cabe em relação à prescrição da ação, não configurando "secuela del juicio" os atos judiciais ou administrativos tendentes à execução da pena, a exemplo da reiteração de uma ordem de captura.

qualquer etapa processual (instrução, sumário e plenário) que reúnam três condições: a) traduzirem, dentro do processo, real movimento da ação penal, dando-lhe dinamicidade; b) estarem subscritos ou serem produzidos por aqueles a quem a lei penal confia o exercício da ação penal ou atualização da pretensão punitiva estatal; c) caracterizarem-se como atos persecutórios dirigidos contra uma pessoa determinada.⁽⁹⁷⁾

Cumpra observar que a crítica de ZAFFARONI no sentido de ser necessário evitar-se o uso de expressões abertas alusivas aos atos interruptivos (acima destacada) tem muita propriedade e serve como orientação para todos os modelos de atos interruptivos.

Tanto o CP argentino como o espanhol, é fato, estão corretos ao estribarem a construção do sistema interruptivo dos prazos prescricionais com base no princípio da "imprescritibilidade da ação em movimento", guardando absoluto respeito ao fundamento lógico das causas interruptivas, consistente no reinício do prazo prescricional toda vez que o processo for movimentado, pois só se coaduna a prescrição penal com processos paralisados, onde a inércia do titular dos atos de impulso traduz desinteresse no exercício da pretensão de punir. O contrário também vale: não estando inertes os órgãos estatais

⁹⁷⁻ Ibid., p. 1.077.

encarregados da persecução penal e havendo movimentação processual, não tem lugar a prescrição.

Sem embargo, intervêm os princípios da legalidade e taxatividade das normas penais ("nullum crimen, nulla poena sine lege certa"). Não obstante dirigidos aos tipos penais, dos quais se exige um "mandato de certeza", os princípios da legalidade e taxatividade devem atuar sempre que a norma colida com o "jus libertatis", ainda que presente na parte geral do CP, como no caso das causas interruptivas.

Desta forma, estes princípios impõem a previsão "in numerus clausus" dos atos que devam ser reputados "de movimentação" da ação penal, idôneos portanto a interromperem o fluxo do prazo prescricional, pena de correr-se o risco de serem desigualmente tratados réus em processos diversos, a partir da consideração de um ato qualquer como interruptivo num feito, assim não se considerando o mesmo ato em outro.

Portanto, seria melhor que os Códigos espanhol e argentino, em referência, fizessem alusão aos atos interruptivos, um a um, ao contrário de considerarem interrompidos os prazos prescricionais toda vez que se dirigisse contra o culpado o procedimento (Espanha) ou que ocorresse a "secuela del juicio" (Argentina), posto que

permaneceriam leis aos princípios que dão norte às causas interruptivas atendendo, entretanto, ao princípio garantista da taxatividade das normas, exigente de "lege stricta et certa" em seara penal. Ainda, a previsão em números fechados das causas interruptivas certamente afasta a crítica por alguns lançada aos sistemas abertos, no sentido da concessão de superpoderes às autoridades, pois dariam margem ao abuso da prática de atos que se adequassem como condutas estatais dirigidas contra o imputado. ⁽⁹⁸⁾

No caso de ausência de rol taxativo, é papel da doutrina e jurisprudência limitarem a abertura das normas penais respectivas, como faz RAUL A. RAMAYO no citado trabalho. ⁽⁹⁹⁾ Fá-lo também FIGUEIREDO DIAS ⁽¹⁰⁰⁾ exigindo a presença dos seguintes aspectos nas causas interruptivas: a) subjetivo: originarem-se de autoridades judiciais (incluída a "magistratura do Ministério Público", como assinalado

⁹⁸- Exemplos destas críticas se encontram em RAUL NAVARRO GARCIA, op. cit., pp. 306/307 e MILTON CAIROLI MARTINEZ, op. cit., pp. 223-224, ficando totalmente suplantadas ante à delimitação dos atos capazes de causar a interrupção através da previsão legislativa em números fechados. (obviamente não admitindo analogia, pois seria "in malam partem"). Neste sentido também o pensamento de ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, op. cit., p. 425.

⁹⁹- A situação se repete em outros países. RAÚL NAVARRO GARCIA faz referências à problemática também no México, em relação ao art. 110, CP: "*La prescripción de las acciones, se interrumpirá por las actuaciones que se practiquen en averiguaciones del delito y delincuentes, aunque por ignorar-se quienes son éstos, no se practiquen las diligencias contra persona determinada. Si se dejara de actuar, la prescripción comenzará de nuevo desde el día siguiente de la última diligencia.*"

¹⁰⁰- FIGUEIREDO DIAS, op. cit., p. 709.

acima); b) objetivo: demonstrarem que o Estado continua interessado em efetivar seu "jus puniendi".

A exigência de que o ato se dirija contra o imputado - letra expressa do CP espanhol - fica absorvida pelo segundo requisito, pois só estampa demonstração do interesse em punir o ato que se volta contra o culpado, vindo em seu desfavor.

Atentos à problemática suscitada pela elaboração sistêmica das causas prescricionais com base em norma penal aberta, pouco definida quanto ao seu conteúdo, os diplomas penais da Alemanha e da Itália cuidadosamente arrolam as hipóteses de interrupção do prazo prescricional.

O StGB alemão alinha as seguintes causas interruptivas, no parágrafo 78-C, I: interrogatório judicial do acusado ou sua ordem; compromisso do perito, por juiz ou membro do Ministério Público, quando de antemão o acusado foi interrogado ou lhe foi dado conhecimento do início da instrução preliminar; cada ordem judicial de seqüestro ou de busca, e decisões judiciais que as mantenham; ordem de prisão, de internamento, de apresentação, e decisões judiciais que as mantenham; propositura de ação pública ou apresentação de sua correspondente proposta no processo de segurança ou em processo autônomo; instauração do processo principal;

designação de data para a audiência de debate no processo acelerado; decreto condenatório ou uma outra decisão correspondente a uma sentença; provisório arquivamento judicial do processo por causa de ausência do acusado; cada ordem judicial que se publica para segurança da prova no processo contra ausente ou conforme provisório arquivamento do processo; ordem de seqüestro de patrimônio no processo contra ausente; cada pedido judicial para proceder a um ato de instrução no estrangeiro. Outrossim, estão previstos como causas interruptivas atos praticados pela autoridade policial, ao lado do rol acima, que contempla atos praticados pelo Juiz e pelo órgão ministerial.

Quanto à prescrição da pena, o StGB não aponta causas interruptivas. Filia-se, portanto, ao terceiro modelo apontado por MORILLAS CUEVA, combinando atos do "parquet" e do juízo como causas interruptivas, fazendo alusão ainda a atos policiais, enquadrados no contexto dos atos destinados à persecução do crime.

Já o CP italiano prevê, no art. 160, a interrupção do curso da prescrição pela sentença de condenação (CPP, 533) ou pelo decreto de condenação (CPP 459, 565). Interrompem também a prescrição a) a ordem que aplica medidas cautelares pessoais e aquela que convalida a prisão preventiva ("fermo", art. 384, CPP, ato emanado do Ministério Público ou, excepcionalmente, da polícia, para

determinados crimes previstos em lei, desde que haja suficiência de indícios de autoria e evidências de intenção de fuga por parte do agente) ou prisão em flagrante ("arresto"); b) o interrogatório realizado à frente do Juiz ou do Ministério Público; c) o convite para apresentar-se ao Ministério Público para submeter-se ao interrogatório; d) a providência do juiz de designação de audiência na Câmara do Conselho para a decisão sobre o pedido de arquivamento; e) a denúncia (ou "richiesta di rinvio a giudizio"); f) o decreto de designação da audiência preliminar; g) a ordem que determina o juízo abreviado; h) o decreto de designação de audiência para a decisão sobre o pedido de aplicação de pena; i) a apresentação ou citação para o Juízo diretíssimo; l) o decreto que instaura o processo de rito imediato; m) o decreto que instaura o processo; n) o decreto de citação para o Juízo.

O CP italiano encontra-se também dentre os Códigos adaptados ao terceiro sistema exposto por MORILLAS CUEVA. Possui, porém, a particularidade de tornar imprescritível a execução quando o réu é condenado por outro crime da mesma espécie (tenha praticado ou não o crime após o trânsito em julgado da sentença), sendo descartada qualquer interrupção derivada da prática de crime de espécie diversa (art. 172, parágrafo 6o.).

Um último ponto está a merecer destaque: o princípio da "imprescritibilidade da ação em movimento", conquanto deite raízes nos próprio fundamentos da prescrição, pode findar por restringi-la demasiado, o que seria contraproducente à nível de política-criminal e contrariaria a garantia do réu de ser julgado dentro de um "prazo razoável" (segundo expressão do art. 7o., parágrafo 5o. da Convenção Interamericana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, incorporado em 1.992 ao direito interno brasileiro).

É desejável, sob esta ótica, uma atuação da prescrição penal em níveis normais, devendo viabilizá-la o sistema prescricional como um todo, não acarretando em excessiva aplicação do instituto, nem fazendo-o restrito ao ponto da incidência rara. Há de se obter um equilíbrio para aplicação da causa extintiva de punibilidade em foco.

Assim, se é certo que os atos persecutórios, movimentando o feito, afastam a possibilidade de incidir a prescrição, também é certo, sem qualquer paradoxo, que estes atos devam ser realizados numa velocidade tal que a passagem do tempo não apague, na prática, os efeitos da sentença condenatória cujo interesse reforçara-se por tantas vezes no curso da ação posta em

movimento, pois o centro de todo o raciocínio é que só perdura o interesse do estado enquanto a pena se faz útil.

De fato, a cada ato interruptivo, reforça-se a pretensão de submeter o imputado à pena, pois esta ainda se faz útil. Porém, o só reforço não tem o condão de - na prática - conter os efeitos do tempo deletérios da força preventiva da pena pretendida. Daí ser necessário limitar-se um período máximo de tempo dentro do qual possam estender-se os atos processuais interruptivos. ^(100-A)

Neste passo - e como a cancelar a razão do nosso raciocínio - parte dos diplomas citados contém previsões: o art. 160, parágrafo 2o. do CP italiano veda o prolongamento do prazo prescricional relativo ao exercício da pretensão punitiva, pelas sucessivas interrupções, além da metade dos prazos previstos na tábua do art. 157; em idênticos termos, o art. 120, parag. 3o do CP português; o parag. 78-C, III, 1, StGB admite prolongamento até o dobro do prazo prescricional previsto para o crime. O CP mexicano, no art. 111, também limita o prolongamento das causas interruptivas, sob forma diversa.

^{100-A} OSCAR VERA BARROS, op. cit., p. 146, recebe o sistema de limitação dos prazos como capaz de "atenuar" as objeções que formula à interrupção da prescrição por atos de procedimento.

Os diplomas penais da Espanha, Argentina e Uruguai são silentes no particular, a nosso ver, incidindo em erro.

Isto posto, há que ser analisado o sistema adotado no país.

No Brasil, o CP arrola somente atos judiciais como causas interruptivas do prazo prescricional alusivo ao exercício da pretensão punitiva, divorciando-se totalmente da orientação segundo a qual os atos do Ministério Público devem relevar como causas interruptivas. Assim, estampa o equívoco de concluir pela inércia e desinteresse estatal na punibilidade do réu sem dar chances ao próprio interessado - Ministério Público - de demonstrar, praticando atos persecutórios interruptivos, que não está a renunciar ao "jus puniendi". Um rematado absurdo !

Os atos interruptivos, contemplados no art. 117, CP, são os seguintes: I- o recebimento da denúncia ou queixa; II- a pronúncia; III- a confirmação desta em segundo grau; IV- a sentença condenatória recorrível; V- o início ou a continuação do cumprimento da pena; VI- a reincidência.

À vista da proposição de MORILLAS CUEVA, cria-se um hibridismo entre o segundo sistema (que restringe as interrupções a atos judiciais) e o quarto

sistema (que contempla a prática de novos ilícitos como causa interruptiva).

Em linha crítica, diante de todo o exposto, fica claro um acerto e mais uma falha clamorosa: o acerto revela-se na inclusão da reincidência como causa interruptiva da prescrição da pretensão executória; a falha consiste no completo desprezo da incompatibilidade entre ação penal em movimento e fluência do prazo prescricional alusivo à pretensão punitiva.

Veja-se, no particular, que não há nenhuma causa interruptiva entre o recebimento da denúncia e a sentença. É como se estivessem inertes, em estado de "dormência", neste interregno, os órgãos encarregados da persecução penal, não manifestando ou reiterando a pretensão de punir. Portanto, todos os atos postulatorios e probatórios que ocorrem neste íterim não significam nada para o texto de lei.

Mais ainda: além do desprezo destas situações que - num sistema puro e devidamente ligado aos fundamentos da prescrição - causariam a interrupção do curso do prazo prescricional, o CP vai além, chegando ao cúmulo da absurdidade ao prever a prescrição retroativa, atuante neste interregno.

Desta forma, distanciando-se de todos os sistemas penais aqui explorados (Espanha, Alemanha, Itália, México, Argentina, Uruguai), bem como da melhor doutrina, o CP mais uma vez compromete a seriedade do sistema repressivo brasileiro.

A prescrição penal, também aqui, deixa de atuar como causa extintiva baseada no desinteresse estatal gerado pela inutilidade da pena após decorridos os prazos fixados em lei, para intervir de maneira desconexa com seus próprios fundamentos, por força de lacunas legais estampadas na insuficiência do rol de causas interruptivas previstas no art. 117, CP. A lei fomenta, assim, a impunidade, sendo contraproducente em termos de política-criminal.

"De lege ferenda", deve ser aumentado o rol de causas interruptivas previstas no art. 117, CP, contemplando-se atos praticados pelo Juiz e pelo Ministério Público entre o recebimento da denúncia e a prolação da sentença condenatória recorrível, adotando-se o princípio da "imprescritibilidade da ação em movimento", com suas limitações subjetivas e objetivas.

VI- Critica à Prescrição Retroativa
adotada no CP brasileiro

VI.1- A pena em concreto como critério
para contagem da prescrição da pretensão punitiva: notícia
histórica

As primeiras discussões acerca da retroatividade da pena imposta na sentença, para efeitos de cálculo do lapso prescricional, estavam ligadas à obscuridade do CP de 1.890, tendo sido apreciada a matéria pelo STF em 1.919, segundo notícia LUIZ VIEL. ⁽¹⁰¹⁾

Realmente, o CP de 1.890 não era claro quanto à adoção da pena "in abstracto" ou "in concreto" como critério de cálculo do prazo prescricional, tanto assim que deu margem ao surgimento de anteprojeto redigido em 1.917, com emenda apresentada por MAURÍCIO DE LACERDA, destinado a reformulá-lo. ^(101-A)

Com base no referido Anteprojeto, surgiu o art. 35 do Decreto Federal 4.780, de 27 de dezembro de 1.923, após incorporado à Consolidação das Leis Penais (art. 85, parag. 6o.). O art. 35 estipulava: "As disposições

¹⁰¹⁻ LUIZ VIEL, "Aplicação da nova parte geral do Código Penal". In: Jurisprudência Brasileira Criminal, vol. 18, pp. 111-18, com apoio em JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR.

^{101-A-} J. CANUTO MENDES DE ALMEIDA, "A retroatividade da sentença no cálculo da prescrição penal". In: RT, vol. 294, pp. 14-15 e 19-20.

dos artigos precedentes são aplicáveis, de acordo com o que estabelece o art. 78 do Código Penal, à prescrição da ação penal, regulando-se esta pelo máximo da pena abstratamente cominada na lei, ou pela que for pedido no libelo, ou, finalmente, pela que for imposta em sentença de que somente o réu houver recorrido."

Já agora com faces voltadas a este dispositivo, no ano de 1.931, a questão foi levada ao 2o. grau de jurisdição em São Paulo, sendo rechaçado o pedido de aplicação retroativa da sentença, motivando - dentre outros - texto veemente de JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, do ano de 1.938, em defesa da retroatividade, anunciando que ⁽¹⁰²⁾

"...a gravidade da infração é, sempre e em toda parte, a que a sentença proclama: e, natural e logicamente, o cálculo definitivo dos prazos prescricionais da ação, depende do fim do processo. É da natureza da prescrição da ação penal que a sentença final, por isso, retroaja no caso de

¹⁰²⁻ Ibid., p. 16 (rodapé). O autor tomava por referência o CPP francês, desenvolvendo as idéias de ORTOLAN, em termos: "*Le fait légalement caractérisé, avec la gravité légale que lui attribuera le résultat final du procès: telle droit être la base.*" Noticiava MENDES DE ALMEIDA dar-se, na França, o cálculo dos prazos prescricionais com base no "nomem juris" da infração (crimes, delitos ou contravenções), de modo que, nos casos de desclassificação, necessariamente esta retroagia para efeitos de prescrição.

desconformidade entre a acusação e a condenação."

Majoritariamente, a doutrina e a jurisprudência somente aplicavam a pena em concreto da sentença em diante, ao interpretar o dispositivo em comento. Sem embargo, o E. STF estaria a prenunciar tendência oposta, concedendo a ordem no H.C. 28.638, por maioria de votos, interpretando de maneira liberal o dispositivo da Consolidação, inaugurando na jurisprudência da Corte Rara o posicionamento da prescrição retroativa. ⁽¹⁰³⁾

A edição do CP de 1.940 trouxe à lume o art. 110, parágrafo único, com a seguinte redação:

"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."

Com vistas a este dispositivo, a partir de então, travaram-se inúmeros debates na Egrégia Corte, conforme narra, em detalhes, NILSON VITAL NAVES ⁽¹⁰⁴⁾ Em 12 de junho de 1.946, concedeu-se o H.C. 29.370, fundamentado por seu relator, o Ministro CASTRO NUNES, no fato de estar assentado no então art. 109 o princípio de que a prescrição

¹⁰³- NILSON VITAL NAVES. "O Supremo Tribunal Federal e o princípio da prescrição pela pena em concreto". In: *Justitia*, vol. 88, p. 285.

¹⁰⁴- *Ibid.*, pp. 285 e ss.

da ação, ocorrente antes do trânsito em julgado da sentença final, admitia uma exceção, a do parágrafo único do art. 110, restando claro que a exceção se referia à prescrição do procedimento penal, concluindo que a razão do dispositivo legal era óbvia ⁽¹⁰⁵⁾

"...se pelo recurso do réu não seria possível uma reformatio in pejus, a fixação da pena se torna definitiva, retroagindo para beneficiá-lo, como se fora a pena cominada na lei."

Logo em seguida, porém, modificou-se a posição majoritária do STF. Veja-se o H.C. 29.922, relatado em 1.947 pelo Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, no qual sustenta que a exceção do parágrafo único do art. 110 calcava-se na proibição da "reformatio in pejus", advertindo porém que se referia ao tempo prescricional iniciado somente a partir da sentença condenatória, por força precisamente da interrupção da fluência do prazo prescricional operada a partir da prolação da sentença condenatória recorrível. A posição conservou-se pacificamente até 1.950. ⁽¹⁰⁶⁾

¹⁰⁵- Ibid., p. 285. Igual, DAMÁSIO E. DE JESUS. "Prescrição Penal", p. 130.

¹⁰⁶- Ibid., p. 286, mencionando ainda o H.C. 29.942, o RE 12.808 e o RHC 31.173.

Em 1.951, ingressou no E. STF o Ministro NÉLSON HUNGRIA, retomando-se o debate. Modificando sua posição inicial ⁽¹⁰⁷⁾ aduzia que a pena concretizada - ausente recurso ministerial - era aquela que desde o início corresponderia ao crime, de maneira que se impunha o proveito do tempo transcorrido entre a última causa interruptiva e a sentença. Desenhava, assim, os moldes do chamado princípio da "pena justa".⁽¹⁰⁸⁾

Opunham-se-lhe os professores ANTONIO RODRIGUES PORTO e HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, à vista do advérbio "depois", contido no art. 110, parágrafo único, então vigente. ⁽¹⁰⁹⁾ Igualmente sofria oposição dentro do STF, liderada pelo Ministro LUIZ GALLOTTI, salientando basicamente que ⁽¹¹⁰⁾

¹⁰⁷⁻ Cf. CHRISTIANO JOSÉ DE ALMEIDA, op. cit., p. 223, anotando que "antes, logo, após o Código Penal de 1940, defendia ele a tese oposta." De fato, sustentava NÉLSON HUNGRIA, à época: "A concretização da pena com advento da sentença condenatória (passada em julgado ou de que somente o réu tenha recorrido), não retroage ao tempo anterior a qualquer das causas interruptivas, para efeito de aproveitamento desse tempo, caso seja suficiente para a prescrição relativa à pena concretizada." (citado por FRANCISCO UCHOA DE ALBUQUERQUE. "Ilegalidade da prescrição da pena em concreto com efeito retroativo". In: *Justitia*, n. 96, p. 149). O renomado autor, nos debates do STF, jamais reconheceu que manifestara preteritamente posição contrária, mediante uma interpretação absolutamente forçada do que havia escrito.

¹⁰⁸⁻ VITAL NAVES, op. cit., p. 286. DAMÁSIO E. DE JESUS, "Prescrição...", p. 131.

¹⁰⁹⁻ Apud CHRISTIANO JOSÉ DE ALMEIDA, op. cit., p. 223.

¹¹⁰⁻ VITAL NAVES, op. cit., p. 286. Sobre os debates, remete à RT 217/574, RT 220/519, RTJ 12/208, Ementário 470.

"...a nossa lei é expressa no atribuir efeito interruptivo à sentença condenatória recorrível (artigo 117, parag. 4o.) e, por igual, no dizer que, em regra, a prescrição interrompida recomeça por inteiro (artigo 117, parag. 2o.), a tornar claro que ficou inutilizado, para tal fim, o prazo que fluiu anteriormente."

Prevalecia a corrente liderada pelo Ministro LUIZ GALOTTI até 1.959, quando igualaram-se em número de votos as duas teses e, com a entrada dos Ministros GONÇALVES DE OLIVEIRA (1.960) e PEDRO CHAVES (1.961), a corrente liberal ganhou maioria, acrescentando-se na seqüência o apoio dos Ministros GONÇALVES OLIVEIRA (que acedeu ao entendimento para viabilidade dos trabalhos da Alta Corte, em virtude dos inúmeros adiamentos promovidos pelos advogados que, no interesse da defesa, perseguiam - por ocasião das sessões - composições favoráveis), HERMES LIMA (1.963) e EVANDRO LINS (1.963.) ⁽¹¹¹⁾

Em 1964 editou-se a Súmula 146 que, deitando razões no pensamento de eméritos componentes do

¹¹¹- Ibid., p. 289. Igual, DAMÁSIO E. DE JESUS. "Prescrição...", p. 119.

STF, com destaque para NÉLSON HUNGRIA, então aposentado, dispunha:

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

Era a consagração da corrente jurisprudencial que pontava no STF desde a votação do HC 28.638 e do HC 29.370, em 1946 (acima referidos). Com base nesta Súmula, o STF, por volta de 1.965, entendia pela retroatividade da pena aplicada na sentença para efeitos de prescrição, indo até a data do fato. Ainda, estendia os efeitos desta aos casos de ausência de apelação pelo réu da sentença condenatória. *"A súmula atravessava sua fase mais expansionista"*, no dizer de FRANCISCO UCHOA DE ALBUQUERQUE.

(¹¹²)

No entanto, exatamente em face de seu exagerado alcance, profundas críticas sofria o enunciado (¹¹³) e - diante da renovação da Composição do STF em 2/3 - tentou-se revisar a Súmula. Esta foi mantida, porém, ao argumento de que a Excelsa Corte não mais poderia retratar-

¹¹²- FRANCISCO UCHOA DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 147.

¹¹³- HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, "Jurisprudência Criminal", pp. 35-40; por igual, RTJ 34/649, RTJ 38/260, RTJ 53/273, TJRS-HC 42.974, precedentes coligidos por FRANCISCO UCHOA ALBUQUERQUE, op. cit., pp. 147-148, a título exemplificativo das críticas.

se da concessão liberal estampada na Súmula (Min. PRADO KELLY), senão mediante lei nova (Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA).⁽¹¹⁴⁾

E, de fato, o CP de 1969, que não iniciou a vigorar, eliminava a possibilidade de prescrição retroativa, como deixava claro a expressão "daí por diante", contida na redação primitiva daquele texto, art. 111, parag. 1º⁽¹¹⁵⁾

"A prescrição, depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também, daí por diante, pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos."

Estava contido no ponto 37 da Exposição de Motivos do CP/69:

"Em matéria de prescrição, o Projeto expressamente elimina a prescrição pela pena em concreto, estabelecendo que, depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, ela se regula, daí por diante, pela pena imposta. Termina-se, assim, com a

¹¹⁴- Posições jurisprudenciais coligidas por CHRISTIANO JOSÉ DE ALMEIDA, op. cit., p. 224.

¹¹⁵- DAMÁSIO E. DE JESUS, "Prescrição...", p. 134.

teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto, que é tecnicamente insustentável e que compromete gravemente a eficiência e a seriedade da repressão."

Diante da nova lei, que estava em período de "vacatio legis", o Min. LUIZ GALLOTTI desistiu da revisão do entendimento sumulado (RE 68.015, 05.11.69, consoante assinala VITAL NAVES). ⁽¹¹⁶⁾ Entretanto, liderou reação no sentido de passar o STF a aplicar restritivamente a Súmula 146, o que ocorreu a partir de 1.970. Assim, somente era invocada se existente apelação interposta exclusivamente pela defesa (vedando-se a incidência sumular quando não houvesse recursos pelas partes ou quando ambas as partes, ou só o órgão ministerial, apelasse); contar-se-ia o prazo retroativamente somente entre a data do recebimento da denúncia e a sentença condenatória (impedindo-se a retroatividade entre a data do fato e a primeira causa interruptiva); exigia-se sentença condenatória em primeiro grau (afastando a possibilidade de aplicação quando a condenação ocorria através de Acórdão, em segundo grau). ⁽¹¹⁷⁾

¹¹⁶- VITAL NAVES, op. cit., p. 289.

¹¹⁷- Ibid., p. 290, fazendo farta alusão de precedentes jurisprudenciais.

Pela Lei 6.016, de 31 de dezembro de 1.976, emendou-se o CP de 1.969, redigindo-se o art. 111, parágrafo., como segue:

"A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se, também, pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos."

Em atenção ao entendimento esposado pela Súmula 146, suprimia-se a expressão "daí por diante" e deixava-se de exigir apelação da defesa, condicionando-se a retroatividade da pena "in concreto" somente à ausência de recurso pelo órgão acusador. Segundo a exposição de motivos do então Ministro da Justiça ALFREDO BUZAID, a modificação sufragava a prescrição retroativa através de lei pela primeira vez no país, dando-se verdadeira guinada em relação à primitiva escrita do CP/69. ⁽¹¹⁸⁾

A edição da Lei 6.016/76 - como de resto o próprio CP de 1969 - não prosperou, porquanto

¹¹⁸- Em artigo publicado em "O Estado de São Paulo", ed. de 21.03.76, DAMÁSIO E. DE JESUS teceu críticas à Lei 6.016/73, que suprimira do CP de 1.969 a expressão "daí por diante", restaurando a primitiva redação do art. 110, parágrafo único do CP de 1.940, de modo que a retroatividade da pena concretizada na sentença continuaria dependente da Súmula 146, pois não resistia à clara aplicação do texto de lei, previdente do fluxo dos prazos prescricionais "ex novo" e para a frente a partir da incidência de cada causa interruptiva. Contrariando a exposição de motivos do Min. ALFREDO BUZAID, portanto, considerava, com razão, que a prescrição retroativa não estava abrigada no texto legal.

protraído várias vezes o período de "vacatio legis", findou por não iniciar a vigor.

Já a orientação do STF, a partir de 1.974, sofre novas alterações, abandonando-se a posição restritiva que imperou por alguns anos, chegando-se às vésperas da edição da Lei 6.416 de 24 de maio de 1.977 à uma tendência absolutamente liberal, aceitando-se a prescrição retroativa mesmo não existindo recurso do réu (sendo até declarável de ofício), incidência da pena em concreto retroativamente à data do fato, aplicabilidade da Súmula aos casos de condenação em segundo grau, consoante explanado por CHRISTIANO RODRIGUES DE ALMEIDA ⁽¹¹⁹⁾ Somente a existência de recurso ministerial afastava a incidência da Súmula. ⁽¹²⁰⁾

Em 24 de maio de 1.977, a Lei 6.416 promove nova alteração no art. 110, trocando o parágrafo único por dois parágrafos, a saber:

"Parag. 1o.: A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a

¹¹⁹ CHRISTIANO RODRIGUES DE ALMEIDA, op. cit., pp. 228-229, fazendo referência ao precedente RTJ 80/441.

¹²⁰ Ibid., p. 229, citando o precedente HC 55.016-SP, 15.12.76. ADRIANO MARREY, "Lei 7.209, de 1.984, e a prescrição retroativa", in: RT, vol. 595, p. 476, assinala, por igual, que a jurisprudência do STF, até a reforma de 1.984, pacificara que a Súmula 146 não cabia nos casos em que recorresse o M.P., coligindo precedentes: RE 73.785; HC 48.422; RE 79.269; RE 78.974; RE 80.882; HC 49.431; RE 73.180; HC 54.212; RHC 54.561; RE 87.837-SP.

acusação regula-se, também, pela pena aplicada e verifica-se nos mesmos prazos.

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

Neste compasso, a Súmula 604 do STF é editada, em termos:

"A Prescrição pela pena em concreto é somente da pretensão executória da pena privativa de liberdade."

O novo diploma aquietou os debates em torno da Súmula 146, definindo a possibilidade de retroatividade da pena concretizada na sentença para efeitos de prescrição, porém do recebimento da denúncia - como causa interruptiva - em diante, bem como ressaltando que os efeitos desta modalidade de prescrição atingiam a pretensão executória.

O texto, à época, foi acolhido com muitas críticas, diante do fato de estabelecer efeito de causa extintiva da pretensão executória à prescrição retroativa quando esta se dava à míngua de condenação com trânsito em julgado, valendo dizer que - paradoxalmente -

previa-se a prescrição da pretensão executória quando o exercício desta sequer ganhara lugar. Ainda, pela interpretação literal da lei, este mesmo efeito era produzido pela prescrição intercorrente superveniente, repetindo-se o erro. ⁽¹²¹⁾

Posteriormente, em 1.984, com a reforma da parte geral, estabeleceu-se a atual redação do CP, acolhendo-se no art. 110, parágrafo 2o. a pena em concreto para contagem do prazo prescricional da pretensão punitiva, quando transitada em julgado a decisão de primeiro grau para a acusação, ou após improvido o seu recurso, podendo o início do prazo prescricional retrotrair à data do fato, contando-se-o até o recebimento da denúncia, ou retrotrair até a data do recebimento da denúncia, contando-se-o até a prolação da sentença condenatória. "De lege lata", sistematizou-se o instituto da prescrição retroativa.

VI.2- Abordagem ao artigo 110, parágrafo 2o., CP.

Dispõe o art. 110 do CP, no "caput", acerca da prescrição da pretensão executória, determinando seja calculada com base na pena concretizada na sentença, cuja incidência na tábua de prazos do art. 109 (mesma tábua

¹²¹- LUIZ VICENTE CERNICCHIARO. "Alguns aspectos da Lei n. 6.416/77". In: Revista de Informações Legislativas, n. 59, pp. 107-113, para uma boa consulta acerca das críticas formuladas ao dispositivo, de efêmera vigência.

utilizada em relação à prescrição da pretensão punitiva), resulta na identificação do prazo destinado ao exercício do "jus executionis". O prazo obtido deverá ser acrescido de 1/3 no caso de reincidência.

Até aqui não há dificuldade, seguindo o CP a tendência mundialmente aceita de utilizar-se a pena concretizada na sentença como referência para o cálculo do prazo prescricional que demarca a possibilidade de executá-la, reprisando-se que a omissão de uma tábua diversa de prazos para a prescrição da pretensão executória, mais longos, importa em lapso do texto legal.

Pela reforma de 1.984, foram preservados os dois parágrafos do art. 110, CP (segundo já havia modificado a Lei 6.416/77), porém com nova redação. Diz o parágrafo primeiro:

"A prescrição depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada."

Referida norma regula a prescrição fluente a partir da sentença condenatória - que figura no art. 117, IV, CP, como causa interruptiva - até que transite em julgado o processo para as partes. Como diz com período anterior ao trânsito em julgado para ambos os litigantes,

atinge a pretensão punitiva. É denominada intercorrente ou, mais usualmente, superveniente. Já vinha contemplada no CP desde a redação original, de 1.940 (art. 110, parágrafo único), seguindo norma positivada a partir do artigo 35 do Decreto Federal 4.780, de 27 de dezembro de 1.923. Este sanava dúvidas relativas ao CP de 1.890, tendo sido incorporado à Consolidação das Leis Penais que precedeu o CP de 1.940.

A maior parte dos códigos estrangeiros vistos como referências neste texto é omissa em relação à prescrição no período que medeia entre a sentença condenatória e o trânsito em julgado do processo para ambas as partes. Remete-se a solução criada pela lacuna legal à jurisprudência e à doutrina. Na Itália, a lei indiretamente indica recepcionar a prescrição intercorrente, ao erigir a sentença condenatória como causa interruptiva (art. 160, CP). Na Espanha, assim também se dá, tanto que pela STS 23.09.74 decidiu-se que, havendo recurso do Ministério Público, adota-se a maior pena nele postulada. ⁽¹²²⁾

Cessando as atividades persecutórias do Estado, a partir da prolação da sentença condenatória, fixa-se o interesse na condenação, só afastável pela modificação do comando jurisdicional quanto ao mérito, porém não mais

¹²²- V. ref. 76.

pela passagem de tempo que se segue. A decisão de segundo grau, tratando-se de repetição da atividade distribuidora de Justiça cometida ao Estado, através do Poder Judiciário, é meramente substitutiva daquela prolatada em primeiro grau. ⁽¹²³⁾ Porém, os atos persecutórios, cuja omissão poderia redundar na prescrição, por revelarem um desinteresse estatal na punibilidade do evento danoso, já são perfeitos e acabados, eis que realizados a contento, tanto assim que levaram ao decreto condenatório, esgotando a atividade persecutória.

De uma perspectiva rigorosamente lógica, correto portanto o StGB, parágrafo 78-B, III, ao obstar o fluxo da prescrição entre a sentença condenatória e o trânsito em julgado da decisão, não admitindo - por consequência - prescrição intercorrente.

No artigo 110, parágrafo 2o., o CP contempla a previsão da prescrição intercorrente retroativa, "in verbis": "

"A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou queixa."

¹²³- ADA P. GRINOVER et alii. "Recursos no Processo Penal", p. 27.

Assim, define o uso da pena concretizada na sentença para cálculo dos prazos prescricionais a partir de seu termo "a quo" (art. 111, CP) até a primeira causa interruptiva (art. 117, I, CP), bem como entre as próprias causas interruptivas admitidas antes do trânsito em julgado da sentença, exceto da sentença em diante - onde, por óbvio - tem lugar a prescrição intercorrente superveniente, como já visto.

Com efeito, a partir da sentença condenatória, pode: a) apelar o M.P.; b) apelarem o M.P. e a Defesa; c) apelar somente a defesa; d) estar ausente qualquer recurso.

Nas duas primeiras situações, vale a pena máxima em abstrato até o julgamento para o cálculo prescricional. Após, sendo improvida a apelação do M.P., vale a pena concretizada na sentença, retroagindo até a data do fato; sendo provida, ainda que parcialmente, desde que mude a faixa prescricional, aumentando o prazo, vale a pena concretizada em 2o. grau da sentença para a frente, não retroagindo às causas interruptivas anteriores.

Admitir que o provimento da apelação que não importa em alteração do prazo prescricional (até mesmo na hipótese da majoração da pena) elimine a possibilidade de prescrição retroativa por força do texto da

lei, que considera a retroatividade da pena aplicada somente para efeitos de prescrição quando improvido o recurso da acusação, é impróprio, em face dos princípios que foram adotados pelo CP. ^(123-A)

Havendo apelação da defesa, vale a pena concretizada na sentença para retroagir à data do fato. Se for reduzida em 2o. grau, vale esta (igualmente válida nos casos de revisão criminal ou rec. extraordinário). No último caso, em que não há apelação por ambas as partes, vale a pena concretizada na sentença.

Em resumo e esgotadas as possibilidades, eis a sistemática dentro da qual opera a prescrição retroativa.

Dessume do esboço histórico alusivo à modalidade de prescrição em tela que os debates no seu entorno foram intensos. Centraram-se, todavia, sempre em duas questões: a) a insubsistência da idéia de prescrição retroativa diante do apagar do tempo anterior, para todos os efeitos, a partir da incidência da causa interruptiva consistente na sentença condenatória recorrível, em obediência ao art. 117, parágrafo 2o., que - quanto a estabelecer efeitos de eliminação do período pretérito à

^{123-A} Também assim, DAMÁSIO E. DE JESUS, "Prescrição...", p. 152 e ANTONIO RODRIGUES PORTO, op. cit., p. 63.

causa interruptiva para qualquer fim - vigorava desde a edição do CP de 1.940; ⁽¹²⁴⁾ b) a interpretação do artigo 110, parágrafo único (redação original do CP de 1940), quanto ao advérbio de tempo "depois" relativo à sentença condenatória de que somente o réu houvesse recorrido (aqui, sustentava-se que a expressão determinava a prescrição intercorrente somente "depois" da sentença, em oposição à corrente liberal, que definia que o uso da pena em concreto para calcular a prescrição seria "depois" da sentença, pois só esta a poderia estabelecer, todavia sem que a expressão "depois" implicasse no desvalor da pena concretizada na sentença para o cálculo prescricional alusivo ao período pretérito).

É dizer, toda a discussão relativa à prescrição retroativa, segundo se recolhe da doutrina e jurisprudência, reduziu-se historicamente ao choque visualizado entre a prescrição retroativa e o texto do art. 117, parágrafo 2o. e à correta interpretação do art. 110, parágrafo único, CP/40, quanto à expressão "depois", importando num autêntico traslado das divergências sintetizadas por LUIZ GALLOTTI e NÉLSON HUNGRIA nas sessões

¹²⁴- O CP de 1940, todavia, comunicava aos co-réus causas interruptivas pessoais e impessoais, de modo a ser reformado em 1.984, excluindo-se a comunicabilidade da causa interruptiva do início ou continuação do cumprimento da pena, com inteira justeza e atendendo-se a reclamos doutrinários antigos.

memoráveis relativas ao H.C. 31.651, em 17 de julho de 1.951 e H.C. 31.670, em 14 de agosto do mesmo ano. ⁽¹²⁵⁾

De toda sorte, saliente-se que a doutrina posicionou-se pela negação da retroatividade da prescrição de modo absolutamente majoritário. Assim, MAGALHÃES NORONHA ⁽¹²⁶⁾, FREDERICO MARQUES ^(126-A), ANÍBAL BRUNO ^(126-B), ANTONIO RODRIGUES PORTO ^(126-C) Da mesma forma, HELENO FRAGOSO ⁽¹²⁷⁾ (não obstante ter revisto, muitos anos após, sua posição), BASILEU GARCIA ⁽¹²⁸⁾ e SALGADO MARTINS. ^(128-A)

¹²⁵- Textos de inteiro teor dos votos, bem como o registro taquigráfico dos debates, se encontram em RT 217/574 e RT 220/519.

¹²⁶- MAGALHÃES NORONHA, "Direito Penal", vol. I, pp. 509/510, em termos: "...o legislador não se contentou em dizer que o curso do prazo prescricional se interrompe pela sentença condenatória recorrível (...) declarou, no parágrafo 2o. (do art. 117): "interrompida a prescrição, salvo a hipótese do n. V, todo o prazo começa a correr novamente do dia da interrupção." Consequentemente, prolatada a sentença, põe-se um termo ao prazo que vinha correndo e outro se inicia depois dela. Logo, não há que falar em retroatividade da pena aplicada para regular lapso prescricional que foi interrompido, que se extinguiu com a sentença."

^{126-A}- JOSÉ FREDERICO MARQUES, "Tratado de Direito Penal", vol. III, p. 416.

^{126-B}- ANÍBAL BRUNO, "Direito Penal", vol. I, t. III, p. 211.

^{126-C}- RODRIGUES PORTO, op. cit., pp. 53/54.

¹²⁷- HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, "Jurisprudência...", pp. 36-40, assinalando que a prescrição retroativa contribuía para "criar uma autêntica osteomalácia de todo o nosso sistema repressivo", bem como que a ampliação das hipóteses de prescrição, "in casu", implicava em "grave dano para a repressão penal".

¹²⁸- BASILEU GARCIA, op. cit., p. 710, "in verbis": "Não alcança o passado a pena fixada na sentença condenatória recorrível, para o fim de se reconhecer vencida, antes dela, a prescrição que a pena máxima cominada não autorizara (...) Se a sentença condenatória recorrível intercepta o lapso prescricional, que começa a fluir "ex novo et ex

A partir do momento em que o CP agasalhou a prescrição retroativa de maneira expressa, com a Lei 6.416/77 e, principalmente, após o texto de 1.984, muitas críticas ainda se desenharam, atacando tanto o excessivo liberalismo da norma, como seu alcance, vacilando a jurisprudência, "ab initio", no tocante à sua correta interpretação.

Porém, inegavelmente o debate esmoreceu, perdendo terreno a necessidade de estabelecer-se a correta exegese da expressão "depois" - por força da alteração do próprio texto legal - e acomodando-se os entendimentos no sentido de considerar-se o art. 110, parágrafo 2o. como norma de exceção ao art. 117, parágrafo 2o ou, apoiando-se em NÉLSON HUNGRIA, de reputar-se não incidente a causa interruptiva da prolação da sentença porque, na ocasião, segundo a "pena justa" para o caso, a prescrição já se consumara ⁽¹²⁹⁾

íntegro", como admitir possa ocasionar a prescrição que até aí não se perfizera ?"

^{128-A}- SALGADO MARTINS, "Sistema de Direito Penal Brasileiro", p. 493.

¹²⁹- Nesta última linha, veja-se o precedente TACRIM-SP, Rel. Juiz Dante Busana, Ac. 353.483/2, coligido por ALBERTO SILVA FRANCO et alii, op. cit., p. 358. Quanto ao recuo da doutrina em formular críticas à prescrição retroativa, fica patente em ANTONIO RODRIGUES PORTO, ao suprimir a linha crítica na 3a. (pp. 56-60) e, principalmente, quarta edição (pp. 61-65) do seu "Da Prescrição Penal"; também DAMÁSIO E. DE JESUS, que suprime qualquer referência crítica ao atual texto legal, muito embora a princípio não aceitasse a prescrição retroativa, cf. nota 118.

O CP de 1984 encampou, em matéria de prescrição, estrutura "*mais liberal do que a fase mais liberal da Súmula 146*", conforme expressou CÁSSIO JUVENAL RIBAS, secundado por LUIZ VIEL ⁽¹³⁰⁾ O excessivo liberalismo gerou reações. Proclamava CORDEIRO GUERRA ⁽¹³¹⁾

"Está na hora de alguém dizer que há necessidade de legislar para assegurar a defesa social."

No mesmo passo, LUIZ VIEL, o qual, após denominar a prescrição retroativa de "*esdrúxula criação da jurisprudência brasileira*", assim a criticou: ⁽¹³²⁾

"Embora consolidada a retroatividade da prescrição baseada na pena concreta - o "liberal", o "benéfico", o "benevolente", são termos que exercem fascínio, correspondendo ao famoso espírito cordato de que os brasileiros nos orgulhamos - ela não se justifica. Certo estava FRAGOSO, antes de mudar de opinião (Lições, parte geral, n. 432, p. 427, 7a. ed.). Essa novidade, que

¹³⁰- LUIZ VIEL, op. cit., p. 15.

¹³¹- CORDEIRO GUERRA, Lex Jurisp. do STF, 83/398.

¹³²- LUIZ VIEL, op. cit., p. 13.

não faz falta a nenhum país, trabalha sobre um dos aspectos mais tristes do funcionamento da máquina judiciária brasileira: a morosidade, o atraso no desenvolvimento e conclusão dos processos. Conseguir adiamentos e estender processos nada difícil, faz-se, então, vantajoso, senão fundamental. Os efeitos fazem agravar-se. São milhares os processos que se arrastam, tomando lugar nas pautas, ocupando testemunhas, perito, serventuários, advogados, promotores, juízes, para tudo terminar na quarta-feira."

Também a desaprovação de ADRIANO MARREY veio à lume ⁽¹³³⁾ propondo que fosse aplicada uma interpretação restritiva ao texto legal, não incidindo a modalidade prescricional relativamente aos períodos interrompidos pela pronúncia ou sentença não recorrida, pois que o art. 110, parágrafo 2o., somente fez menção à causa interruptiva da denúncia, de molde a serem excepcionados somente os efeitos interruptivos desta, permitindo-se, então e somente aí, o aproveitamento do período antecedente. Em outras palavras, a regra de apagar-se o tempo pretérito

¹³³ ADRIANO MARREY, op. cit., pp. 476-478.

quando do advento das causas interruptivas prepondera, exceto em relação à causa do art. 117, I, com espeque na parêmia *segundo a qual* "a inclusão de um só implica a exclusão de quaisquer outros". Conclui ADRIANO MARREY que...

"...Não há porque se exorbitar dos termos em que, desastradamente, o legislador quebrou a sistemática da lei..."

Em verdade, no contexto de desenvolvimento histórico da prescrição retroativa, a interpretação restritiva em tela proposta por MARREY não poderia - como de fato ocorreu - vingar. Bastava interpretar a norma à vista de sua gênese, mormente a Súmula 146, STF.

Sem embargo, no antecitado texto, ADRIANO MARREY apontava colisão entre a Exposição de Motivos da Reforma de 1.984 e o texto do art. 110, parágrafo 2o., que foi incluído mediante emenda do Poder Legislativo. De fato, consoante registra o item 100 da Exposição de Motivos do CP, a redação original da nova parte geral mantinha os efeitos da prescrição retroativa limitados à data do recebimento da denúncia, obstando tivesse lugar desde o termo "a quo" da prescrição (art. 111, CP). Justificava-o no item 101, em termos:

"Trata-se, além disso, de prescrição pela pena aplicada, o que pressupõe, obviamente, a existência de processo e de seu termo: a sentença condenatória. Admitir, em tal caso, a prescrição da ação penal em período anterior ao recebimento da denúncia importaria em declarar a inexistência tanto do processo quanto da sentença. Mantém-se, pois, o despacho de recebimento da denúncia como causa interruptiva, extraindo-se do princípio as conseqüências inelutáveis."

Na verdade, nem pelas idéias primitivas que deram base à Súmula 146, formuladas por HUNGRIA, admitia-se a retrotração à período anterior ao recebimento da denúncia. Como já anotado, HUNGRIA considerava que somente da última causa interruptiva em diante o prazo prescricional deveria ser considerado, por entender que não havia interrupção diante da sentença condenatória uma vez que o prazo prescricional, pela "pena justa", escoara antes desta. ⁽¹³⁴⁾ Porém, o mestre da Guanabara não admitia que retrotraísse até a data do fato, de modo a suprimir os efeitos interruptivos do recebimento da denúncia.

¹³⁴ V. referência 125.

As vacilações da jurisprudência se fizeram sentir na Alta Corte. Destacou-as LUIZ VIEL ⁽¹³⁵⁾, mencionando o julgamento do R.E. 104.500, através do qual se assentou o recurso da defesa quanto ao mérito como pressuposto para a decretação da prescrição retroativa da pretensão punitiva, ao passo que se o recurso da defesa não atacasse o mérito, operava-se o trânsito em julgado da sentença, quanto a este, e a prescrição retroativa poderia ser decretada, atingindo porém a pretensão executória.

Criticando a orientação do STF, LUIZ VIEL argumentava com razão que a posição incentivava a insinceridade processual e impunha ao réu a apelação de mérito como ato meramente formal (pois o réu, pretendendo a prescrição retroativa, apelaria quanto ao mérito objetivando não fosse examinado, de maneira a obter a prescrição retroativa da pretensão punitiva, ficando prejudicada a análise daquele). Acrescentava ainda, dentre outros fundamentos, que se o período atinente à incidência do prazo prescricional era anterior à sentença firme (com trânsito em julgado), não se poderia atingir a pretensão executória, e sim a punitiva.

Vale dizer que tais perplexidades foram superadas, sendo hoje pacífica a orientação do STF no

¹³⁵ LUIZ VIEL, op. cit., "*passim*".

sentido de ser a prescrição retroativa dirigida à pretensão punitiva, independentemente da matéria recursal trazida pela defesa, não havendo sequer necessidade da existência da apelação, hipótese em que é decretada via Habeas Corpus ou revisão criminal. ⁽¹³⁶⁾

Porém, a colisão entre o texto de lei e sua Exposições de Motivos, o desapego às próprias idéias com base nas quais a prescrição retroativa ganhou corpo (quanto à extensão a período anterior ao recebimento da denúncia), as vacilações jurisprudenciais imediatamente posteriores à lei e as críticas, colocadas lado a lado com todas as "idas e vindas" da matéria à nível jurisprudencial e a oposição doutrinária à retroatividade da prescrição verificadas durante quase oitenta anos de debates, dão a exata medida do descuido que representou sua adoção de "jure constituto".

Cumprido, portanto, reabrir o debate através de uma ordem nova de razões, as quais tornam o instituto da prescrição retroativa, de fato, "tecnicamente insustentável", conforme constara da antecitada Exposição de Motivos do CP de 1.969.

Inicialmente, em face de todo o exposto nos item II a IV, deve-se considerar que a prescrição retroativa representa uma supervalorização do critério de

¹³⁶- Cf. ALBERTO SILVA FRANCO et alii, op. cit., p. 359.

determinação do prazo da prescrição em detrimento dos seus próprios fundamentos.

É fato que os prazos prescricionais se calculam segundo a gravidade das infrações penais. Diante da inexistência de certeza quanto ao montante de pena exigido em retorsão ao fato, atendidos ainda os critérios preventivos - certeza esta que só poderá surgir no momento da fixação da pena em definitivo - o legislador busca formas de aproximar-se, tanto quanto possível, deste momento, antecipando-o da melhor maneira. Assim, a pena máxima cominada serve por parâmetro.

Algumas legislações, já se viu, determinam que este processo tome em consideração as circunstâncias legais identificáveis "ictu oculi", como a existência de tentativa, a incidência de majorantes, etc. Onde não há previsão expressa em contrário (como no caso do StGB alemão, neste ponto falho), ou sendo silente o Código, a doutrina e a jurisprudência majoritariamente findam por estabelecer a necessidade da invocação destas circunstâncias para o cálculo da pena máxima possível para o caso. Destarte, o princípio da individualização da pena (corolário dos princípios da culpabilidade e da igualdade), tanto quanto possível, é atendido antes mesmo da fixação desta. O critério preponderante é o da pena individualizada, e não o

da pena em abstrato ⁽¹³⁷⁾ e por isso ocorre o movimento de máxima aproximação em relação à pena aplicável ao fato. Deve-se ir ao limite do permitido no momento de incerteza que medeia entre o fato e a decisão condenatória definitiva, computando-se as circunstâncias legais do fato para cálculo da pena máxima.

Todavia, nem por isso o critério de cálculo da prescrição tem o condão de sobrepor-se aos fundamentos do próprio instituto ao qual serve por critério! Admitir o contrário seria um contrasenso, e isto é exatamente o que acontece no caso da prescrição retroativa.

Viu-se que seu fundamento básico reside na inalterabilidade da pena lançada em concreto pela sentença de primeiro grau, nas hipóteses do parag. 1o do art. 110, de forma que se deve entender que esta "substitui" aquela prevista abstratamente pela Lei, segundo reza o "caput" do art. 109.

Que a pena resta inalterável diante da vedação do "reformatio in pejus" é óbvio, inclusive dando margem à prescrição superveniente (a qual também consideramos inadequada em face de estarem encerrados os

¹³⁷⁻ Cf. J. CANUTO MENDES DE ALMEIDA, op. cit., "passim". Contra, DAMÁSIO E. DE JESUS, "Prescrição...", p. 139, para quem a pena máxima cominada é a regra em relação à prescrição da pretensão punitiva, que assim prevê no art. 109, ressalvando as hipóteses do art. 110, parágrafos.

atos persecutórios propriamente ditos). Entretanto, tornar válida uma pena como reguladora de período prescricional em que sequer existia foge à qualquer lógica, não sendo mais que superafetação da norma servil (i.é, critério para cálculo da prescrição) em descompasso com os pilares da norma servida (prescrição).

Foi visto que o Estado, no momento em que manifesta a intenção de punir, mediante prolação da sentença, tem fortalecido o "jus puniendi" em detrimento do "jus libertatis" do particular, se comparado ao "status quo" anterior ao início da persecução. Diante do fortalecimento do "jus puniendi" a partir da sentença condenatória definitiva, devem ser alongados os prazos prescricionais. Daí, de regra, as legislações fazerem previsão de prazos mais longos destinados ao exercício da pretensão executória em face daqueles destinados ao exercício da pretensão punitiva.

Não obstante ausente trânsito em julgado, seguindo a mesma linha de raciocínio, a sentença condenatória pendente de recurso igualmente importa no reforço do "jus puniendi" em relação à forma como este apresentava-se "ab initio", ou seja, quando oferecida a denúncia. Sob perspectiva pura, também seria necessário o alongamento dos prazos prescricionais após a prolação da condenação, ainda que em montante inferior àqueles

destinados ao exercício da pretensão executória, cujo pressuposto é o trânsito em julgado.

Ora, com a adoção da prescrição intercorrente, estes prazos acabam por serem restringidos, à medida que as penas concretamente aplicadas são de regra menores que as penas máximas "in abstracto".

Se o direito de punir, antes regido pelo máximo da pena em abstrato, ganhou vigor, havendo comando sentencial, é evidente a agravação da situação do réu, e ilógico que se beneficie pela redução do prazo prescricional a partir da inserção em outro inciso do art. 109 do CP, obtida pela pena imposta em concreto. Houve um incremento do direito de punir, sendo contraditório restringir, a partir de então, o prazo de prescrição da pretensão punitiva.

De outra parte, estando a prescrição intimamente relacionada às funções preventivas da pena, fulcradas na inutilidade destas após o decurso de determinado prazo, desvelador de um desinteresse estatal na punibilidade e renúncia ao "jus puniendi", mostra-se aqui uma incoerência, sob enfoque preventivo-geral: o Estado, ao desinteressar-se da perseguição do agente criminoso, pela inércia durante certo tempo, fá-lo sob o pressuposto de que a comunidade considera não mais violada a ordem jurídica,

sendo dispensável a distribuição da reprimenda penal, pois esta perdeu sua eficácia intimidativa em relação ao meio social. Porém, iniciando a perseguir o fato, anunciando na denúncia a possível profanação da ordem jurídico-penal, e impondo pena na sentença, ainda que sem trânsito em julgado, o Estado faz sucessivos anúncios de sua atuação repressiva, e cada um destes passos possui força intimidativa. Como dizer então que - à época da sentença - o direito de punir já estava prescrito ? O Estado movimentou-se para a punição. Houve a punição no prazo legal. Isto é inconciliável com a prescrição retroativa.

Em segundo lugar, a prescrição retroativa colide com uma estrutura ideal de causas interruptivas e inegavelmente desrespeita os efeitos da interrupção causados pela sentença condenatória recorrível e pelo recebimento da denúncia. Pode-se interpretar o texto do art. 110, parágrafo 2o., como exceção ao art. 117, parágrafo 2o., ambos do CP. Porém, sustentar que - abrindo exceção - o CP fá-lo de modo coerente com os fundamentos das causas interruptivas é absolutamente impossível.

Se a inércia estatal tocante à persecução de um fato penalmente relevante ou à execução da sanção penal importa na renúncia em relação a ambas, atuando a prescrição, "a contrario sensu", o exercício de atos persecutórios destinados à apuração do fato e punição do

infrator demonstram a inequívoca intenção estatal de exercer seu direito de punir, afastando a possibilidade de ocorrer prescrição.

Ficou demonstrado, no item V, que o cerne da interrupção dos prazos prescricionais está na incompatibilidade de uma ação em movimento - por força dos atos persecutórios que reafirmam a pretensão punitiva a cada momento em que praticados - com a ocorrência de prescrição, dando margem ao denominado "princípio da imprescritibilidade da ação em movimento". Assim, só corre o fluxo prescricional onde há inércia e portanto, a cada ato persecutório, o prazo prescricional é quebrado. Não havendo nova movimentação processual, flui o prazo. Após a cessação da ofensa ao bem jurídico, inicia-se o prazo prescricional, obstado pelo primeiro ato persecutório; daí em diante, só poderá se consumir nos intervalos entre estes atos.

Decorre desta sequência lógica que a interrupção dos prazos prescricionais só pode ter por efeitos o apagar completo de todo o período anterior, bem como o reinício da contagem dos prazos. Daí dizer-se que voltam a correr "ex integro et ex novo".

Com efeito, se a lei define um prazo para o exercício dos atos destinados a levar a efeito o "jus puniendi", pena de extingui-lo, o efeito contrário também

vale, ou seja, o prazo assinado pela lei é tomado em consideração e respeitado com a prática do ato segundo aquela estipula. Se foi utilizado o prazo, o período transcorrido obviamente perde qualquer valor.

O prazo tem validade "ex ante", como período útil dentro do qual o ato a que pertine pode ser praticado. Tem validade durante o seu transcurso, enquanto não praticado o ato, por ser de observação obrigatória pela parte a quem, em concreto, compete praticá-lo. Finalmente, tem validade após sua integral fluência, porque no caso concreto importa em modificação do "status quo ante" (no caso em estudo, importa na aquisição de um direito pelo imputado, consistente em ver decretada a extinção de sua punibilidade; antes de completado, não há direito algum, e sim a expectativa de que haja renúncia do estado ao "jus puniendi", pelo desinteresse quanto ao mesmo).

Assim, em não se completando o prazo, não possui validade alguma no sentido de gerar aquisição de direito à extinção da punibilidade pelo imputado, em face da prática de ato obstativo.

As legislações estrangeiras, à exemplo do art. 117, parágrafo 2o., C.P., definem a cessação de qualquer validade para os períodos decorridos até a intervenção da causa interruptiva, bem como o recomeço da

contagem integral do prazo. Diz o CP italiano, no art. 160, parágrafo 2o.:

"A prescrição interrompida começa novamente a correr do dia da interrupção..." (gn)

Também na Espanha, dispõe o CP:

"A prescrição se interromperá, ficando sem efeito o tempo transcorrido, quando o procedimento se dirija contra o culpado..." (gn)

Da mesma forma, o StGB, parágrafo 78-C III 1, o CP mexicano (art. 110), o CP português (art. 120, parágrafo 2o).

Há doutrina estrangeira igualmente se curva a estas conclusões, inclusive costumeiramente traçando a diferença entre os fenômenos da interrupção e da suspensão do prazo prescricional pelos seus efeitos, pois naquela não vale para nada o tempo pretérito, reiniciando-se de novo e por inteiro a fluência do lapso prescricional, enquanto nesta aproveita-se o tempo anterior. Neste diapasão, o uruguaio CAIROLI MARTINEZ ⁽¹³⁸⁾, o argentino ZAFFARONI ⁽¹³⁹⁾, os espanhóis FERRER SAMA e RODRIGUES DEVESA ⁽¹⁴⁰⁾, os italianos

¹³⁸- MILTON CAIROLI MARTINEZ, op. cit., p. 224.

¹³⁹- E.R. ZAFFARONI, "Manual...", p. 652.

PAGLIARO ⁽¹⁴¹⁾, FIANDACA & MUSCO ⁽¹⁴²⁾, ANTOLISEI ⁽¹⁴³⁾ Conclui, por todos, MANTOVANI ⁽¹⁴⁴⁾

"A differenza della sospensione, l'interruzione non si limita a determinare una stasi nel corso della prescrizione medesima, ma rende privo di effetti giuridici il periodo di tempo precedentemente trascorso. La prescrizione interrotta comincia, infatti, a decorrere "ex novo" dal giorno della interruzione."

A doutrina brasileira igualmente não discrepa, citando-se ALOYSIO DE CARVALHO FILHO ⁽¹⁴⁵⁾, BASILEU

¹⁴⁰ apud MORILLAS CUEVA, op. cit., p. 79. Na Espanha, a doutrina se dividia, no particular, por um defeito de redação do CP, pois enquanto previa a inutilidade do período anterior para efeitos de prescrição da pena, art. 116, nada dispunha quanto à inutilidade do período anterior para efeitos de prescrição do delito, art. 114. Por isso, a doutrina se inclinava por interpretar a norma no sentido de que permitia a soma, pois do contrário estaria colmatando lacuna "in malam partem". Porém, o TS já entendia diversamente. Com o advento do CP de 1995, a questão ficou expressamente resolvida pela invalidade integral do período anterior, para todo e qualquer efeito, em face tanto da prescrição do delito como da pena.

¹⁴¹ ANTONIO PAGLIARO, op. cit., p. 741.

¹⁴² FIANDACA & MUSCO, op. cit., p. 744.

¹⁴³ FRANCESCO ANTOLISEI, op. cit., pp. 672-673.

¹⁴⁴ FERRANDO MANTOVANI, op. cit., p. 831.

¹⁴⁵ ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, op. cit., p. 425, admitindo todavia que sejam feitas exceções, em sentido contrário ao texto, portanto.

GARCIA ⁽¹⁴⁶⁾, DAMÁSIO DE JESUS ⁽¹⁴⁷⁾, HELENO FRAGOSO ⁽¹⁴⁸⁾, ANTONIO RODRIGUES PORTO ⁽¹⁴⁹⁾, SALGADO MARTINS ⁽¹⁵⁰⁾ Por todos, ensina CHRISTIANO JOSÉ DE ALMEIDA ⁽¹⁵¹⁾

"Com a incidência da causa interruptiva, o prazo prescricional recomeça a correr, por inteiro, salvo exceção. Perde-se o tempo anterior já transcorrido. Segundo metáfora empregada por MANZINI, a interrupção destrói todo o edifício já construído. Frena, pois, a livre eficácia da prescrição."

¹⁴⁶ BASILEU GARCIA, op. cit., p. 710-711.

¹⁴⁷ DAMÁSIO, "Prescrição...", p. 80.

¹⁴⁸ FRAGOSO, "Lições...", p. 411.

¹⁴⁹ RODRIGUES PORTO, op. cit., p. 68.

¹⁵⁰ SALGADO MARTINS, op. cit., p. 491.

¹⁵¹ CHRISTIANO J. DE ALMEIDA, op. cit., p. 124. A admissão de exceções por autores brasileiros tem em conta o art. 117, inciso V, que prevê o cômputo do período precedente nos casos de interrupção pelo início ou continuidade do cumprimento da pena, o que de modo algum colide com o exposto, haja vista não estarem, tais causas, filiadas à fundamentação jurídica calcada no "princípio da imprescritibilidade da ação penal em movimento", senão atendem a fundamentos diversos, no sentido de não se beneficiar com a prescrição o foragido antes daquele que, não obstante tenha fugido, havia se submetido à parte da pena e foi recapturado. Do contrário, o condenado que nunca se submeteu a pena - nem parcialmente - seria premiado com o advento da prescrição enquanto esta não ocorreria em favor do sentenciado que se submeteu - ainda que parcialmente - à pena infligida pelo Estado. Há, portanto, uma compensação que atende a critérios de mais lúdima justiça

Diante de todo o exposto, é possível concluir que, por amor aos seus pilares lógicos, as causas interruptivas da prescrição sempre devem apagar o tempo anteriormente transcorrido. Colide com esta conclusão o instituto da prescrição retroativa, ao violá-lo em relação às causas interruptivas previstas no art. 117, incisos I a IV, e parágrafo 2o., sem que seja admissível ser aceita como exceção àquelas regras sob ponto de vista rigorosamente científico.

Em terceiro lugar, se a prescrição possui natureza jurídica mista, por gerar efeitos em relação ao direito de punir, extinguindo-o, e em relação ao processo, obstaculizando-o, é certo aplicarem-se ao instituto as noções alusivas aos prazos processuais em geral (desde que não importem em redução ou prejuízo ao "jus libertatis"). Afinal, são atos processuais aqueles que interrompem a fluência da prescrição, a partir do princípio da "imprescritibilidade da ação em movimento".

Os prazos são estipulados de maneira a conferirem lapso de tempo hábil para o exercício de atos processuais. Devem ser compatíveis com estes. Neste sentido, revela-se o princípio da utilidade e da irredutibilidade dos prazos. ⁽¹⁵²⁾ Desta forma, evidentemente que qualquer

¹⁵²- FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, "Processo Penal", 3o. vol., p. 92.

supressão dos prazos assinalados em lei, bem como quaisquer reduções incidentes no curso do processo, quando violadoras da certeza dos prazos, devem ser havidas como inconstitucionais, pois não se coadunam com o devido processo legal adotado na Carta Constitucional como princípio.

Com efeito, o processo penal - como qualquer outro - exige prazos certos tanto para a defesa como para o Ministério Público, devendo estarem fixados "ex ante" em lei. Deles deve derivar a certeza para a parte de que a prática do ato não se encontra impedida, seja pela preclusão temporal (atos processuais puros), seja pela extinção do direito material (atos processuais com conteúdo material, ou normas processuais penais materiais, adotada a classificação de TAIPA DE CARVALHO, já mencionada).

Por outro lado, o "due process of law", não obstante erigido como direito subjetivo no art. 5o, inciso LIV, CF, também se apresenta como garantia para o Ministério Público, porquanto assim não fosse, outros princípios - que são corolários deste - estariam sendo ofendidos, dentre os quais os da igualdade e contraditório. Manifestamo-nos já a respeito, em termos ⁽¹⁵³⁾

¹⁵³- FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI, "A revelia e a suspensão do processo penal", pp. 41-42. ADA P. GRINOVER, em "Igualdade de partes e paridade de armas: a posição do MP no Superior Tribunal Militar", in: O Processo em

"É certo que o processo penal não se trata de um autêntico processo de partes, à medida que o Ministério Público está dotado de aparato estatal destinado a auxiliá-lo no desempenho de suas tarefas (e neste aspecto reclama-se mesmo um fortalecimento do aparato de defesa do imputado). Não obstante, é evidente que o tratamento entre os pólos processuais, conferido pelo órgão julgador, no curso do feito, deve ser isonômico, por sustentarem pretensões opostas. Destarte, inegavelmente socorre-se o Ministério Público de normas constitucionais garantidoras deste tratamento. Ao revés, a atuação ministerial poderia ser tolhida de inúmeras maneiras (v.g., prazos recursais desiguais, imprecisão relativa ao prazo prescricional, prazos para dedução de razões finais desiguais, previsão de razões finais orais para uma das partes e escritas para outra), até mesmo sob uma falsa argumentação garantista dos direitos do

Evolução, "passim", parece adotar a mesma idéia de aplicação ao MP dos princípios e garantias constitucionais.

argüido, levando o processo a um desequilíbrio indesejável a partir do ponto-de-vista da sociedade, que atribui ao Estado o poder-dever de levar a efeito a pretensão punitiva. Ora, a preocupação com estes aspectos diz com o princípio da isonomia (art. 5o., "caput", C.F./88), do devido processo legal (art. 5o., inciso LIV, C.F./88), do contraditório e ampla defesa (art. 5o., inciso LV, C.F./88; considere-se ampla defesa em sentido amplo, como garantia que alcança o Estado-acusador). Ainda, definindo a Constituição Federal o papel do Ministério Público, erigido em defensor da ordem jurídica (art. 127, C.F./88), instrumentalizando-se esta defesa pelo exercício privativo da ação penal pública (art. 129, inciso I, C.F./88), dentre outras funções, dimana esteja o Ministério Público protegido pelas normas do art. 5o., acima destacadas, atinentes aos princípios processuais de ordem constitucional, destacada sua condição de parte processual "sui generis".

Ora, se o Ministério Público, no caso específico da prescrição retroativa, teve sua denúncia recebida em tempo hábil, observando o prazo para oferecê-la e vê-la aceita, bem como se no tempo hábil obtém decreto condenatório, não tem sentido a partir deste mesmo decreto estabelecer-se que aquele prazo, rigorosamente observado, era menor !

Mais ainda, a preservação do prazo está condicionada a evento futuro e incerto, qual seja, à sentença condenatória em pena cujo montante não implique no deslocamento da faixa prescricional primitivamente ajustada ao fato, segundo a tábua do art. 109, CP.

Portanto, não há certeza quanto ao prazo no qual o M.P. apóia-se ao deduzir a ação penal, prejudicando-se o princípio da utilidade. Mais: somente vem a saber disso o Estado-acusador após dele utilizar-se, a partir do evento futuro e incerto da sentença condenatória abaixo do máximo cominado e capaz de deslocar a faixa prescricional dentre aquelas previstas no art. 109, CP. De outra forma, era melhor que a lei previsse, desde o início, a pena mínima como critério. Assim, seria logo observado o prazo mais baixo alusivo ao crime... Porém, isto se contrapõe a todos os fundamentos da prescrição, calcados na gravidade do fato. A que incongruência se chega ! A

respeito, interessante a ironia de DAMÁSIO DE JESUS ⁽¹⁵⁴⁾,
"verbis":

"Isso lembra a história do sacerdote que, na missa de sábado à noite recomendou aos fiéis que a procissão do dia seguinte seria às quatro horas da tarde, salvo se viesse a chover, caso em que ela seria realizada às nove horas da manhã."

Havendo um prazo hábil (período prescricional) para o Estado-Juiz dizer se a imposição de pena tem utilidade no caso concreto, através da sentença condenatória, a pena imposta não deve tocar o prazo transcorrido para sua dicção, impondo-se a preservação deste em sua integridade (o mesmo é estabelecido em face da máxima aproximação possível da pena cabível para o fato concreto). A pena aplicada somente pode relevar para o futuro. Porém, o art. 110, parag. 2o, torna-a relevante para o passado, quando o Estado apenas tinha de pronunciar-se sobre o "jus puniendi". Ora, a pretensão punitiva não pode ser inutilizada após ser idoneamente exercida.

Em síntese, a prescrição retroativa pode ser atacada pela via da inconstitucionalidade, por não

¹⁵⁴ DAMÁSIO, "Prescrição...", 2a ed., p. 133. A referência, tão exemplificativa, já não consta da 10.ed., aqui adotada como referência.

respeitar os princípios de certeza e utilidade dos prazos que, sendo corolários do princípio do devido processo legal, "ex vi" do art. 5o., LIV, CF, se aplicam aos prazos prescricionais.

Em quarto lugar, ainda em conta dos efeitos da causa interruptiva da prolação da sentença condenatória recorrível, é de se dar guarida à crítica de ANTONIO RODRIGUES PORTO ⁽¹⁵⁵⁾

"...se a prescrição é declarada com fundamento na pena imposta, a condenação não pode ser considerada inexistente; caso contrário, inexistente seria também a prescrição, desde que foi decretada com base na condenação."

Aliás, é o que se contém no item 101 da Exposição de Motivos do CP, já citada, em relação à causa interruptiva da denúncia. Seria absurdo entender - como HUNGRIA - que a prescrição já ocorrera quando da prolação da sentença, pois a "pena justa" que invocava somente aparece com esta. De outra parte, se o processo levou à pena com base na qual decretou-se a prescrição, é óbvio que tanto o processo como a sentença são atos existentes, tanto de um

¹⁵⁵ RODRIGUES PORTO, op. cit., p. 30.

ponto de vista naturalístico, como sob ponto de vista jurídico.

A prescrição retroativa, portanto, importa em desordem lógica e ofensa à realidade ontologicamente considerada, reputando inexistentes juridicamente fenômenos perceptíveis como fatos históricos, quais sejam, a existência de um processo e a sentença condenatória nele exarada.

Numa palavra: a prescrição retroativa, importando na negação da existência do processo e da sentença penal condenatória, nega a existência de seus próprios pressupostos. É um contrasenso admitir que a sentença valha para, em última análise, implicar na sua própria inexistência e a condenação, uma vez quantificada, sirva por critério para estabelecer que no caso concreto não poderia haver condenação.

Um disparate.

Por fim, há quem sustente que a prescrição retroativa, por representar uma conquista liberal, não poderia ser extraída do ordenamento jurídico. O argumento já servira para sustentação da Súmula 146, STF, em votos da Alta Corte. Neste sentido encontram-se registrados votos dos então Ministros PRADO KELLY e GONÇALVES DE

OLIVEIRA ⁽¹⁵⁶⁾ Também parece ser sob esta linha de pensamento que HELENO CLÁUDIO FRAGOSO ^(156-A) passou a admitir a prescrição retroativa, segundo segue:

"Já nos alinhamos entre os críticos vigorosos dessa prescrição retroativa, chamando-a inclusive de teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto (Exposição de Motivos do CP de 1969). Hoje, pensamos que ela deve ser mantida, considerando-se a falência completa das penas privativas da liberdade e os longos prazos previstos pela nossa lei para a prescrição."

Ora, devemos dizer que o caráter liberal atribuído ao instituto não suporta o confronto com as atecnias que representa. Quanto aos prazos serem longos, a afirmação não se confirma - ao menos pelo confronto com os diplomas estrangeiros aqui estudados - e, ainda que correta, seria então o caso de modificá-los. Porém, de modo algum isto implica na intensificação da incidência da

¹⁵⁶⁻ Argumentava PRADO KELLY que "...por mais discutível que seja tecnicamente, força é convir que a orientação invariável, neles seguida, consagra uma concessão liberal, de que não é lícito, pela generalidade e pela extensão de seus efeitos, retratar-se a Alta Corte." (RTJ 36/359 e 37/159) Diante disso, sugeria GONÇALVES DE OLIVEIRA que a solução deveria vir através de uma nova lei (RTJ 36/17).

^{156-A} - HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, "Lições..", pp. 408-409

prescrição, por tudo quanto se expos. Sendo longos os prazos, o são para todas as modalidades de prescrição: seria então correto que ficássemos à cata de válvulas de escape ? Naturalmente, a solução não segue esta senda.

O argumento de que a prescrição é instituto liberal, daí justificando-se sua presença, carece de sentido. É certo que o Estado liberal e, mais modernamente, o Estado Social, mostram-se preocupados com as garantias do indivíduo, a nível processual (estruturando-se o modelo processual penal garantista) e jurídico-material, a partir da interferência do direito penal em "ultima ratio", observada a necessária lesividade de bens jurídicos em cada caso no qual se identifique, "in concreto", a possibilidade de presença do ilícito penal.

Ainda, há uma constante preocupação com o ser humano atingido pelo sistema repressivo, de molde a buscar-se resguardar os direitos que não sejam reduzidos pela pena, é dizer, preocupa-se o direito penal em demarcar seus próprios limites frente ao indivíduo, reduzindo a restrição dos bens jurídicos do sentenciado ao mínimo necessário para que a reprimenda penal prevista em lei se faça presente. Coroam esta preocupação os princípios do Estado de Direito, culpabilidade e humanidade (este dirigido mais à execução penal), ⁽¹⁵⁷⁾ norteando a política criminal do

¹⁵⁷ Cf. JESCHECK, op. cit., vol. I, p. 28-36.

Estado Liberal. Bom exemplo disso está positivado no art. 3o., "caput", LEP.

Porém, demonstradas as impropriedades técnicas da prescrição retroativa, não se pode sustentá-la validamente por atender a princípios de política criminal do Estado Liberal. Mesmo porque, nem isso ocorre. A prescrição retroativa não chega a acolhê-los. Aliás, vem a calhar uma observação de LUIZ VIEL a respeito: ⁽¹⁵⁸⁾

"Se o objetivo é evitar tantas punições e tantos cumprimentos de pena quanto seja possível, pelas deficiências e dificuldades do sistema penal, trabalhe-se nessa direção, - e a nova parte geral do CP, e a LEP, já caminharam bastante nesse rumo -, e os institutos de suspensão do processo, reserva de pena etc. estão à mão (...) Não seria preciso percurso tão sinuoso, indefensável na formulação (há valoração cabal do fato, julgamento, sentença condenatória que interrompe a prescrição; e essa sentença acaba marcando contagem do tempo para trás,

¹⁵⁸- LUIZ VIEL, op. cit., p. 13.

mas nascida dela, e de tudo resulta que é como se ela não tivesse sido proferida, havendo prescrição da pretensão punitiva) e pernicioso na concretização (estímulo ao aproveitamento e agravação das falhas dos aparelho judiciário)."

O Estado Liberal, bem como o Estado Social, voltando-se para a intervenção mínima do direito penal, traçam política criminal que contempla inúmeros recursos tecnicamente viáveis destinados à descriminalização dos fatos (através da abolição da criminalização, notadamente da incriminação de condutas passíveis de respostas mais adequadas noutros ramos jurídicos, ou pela supressão da sanção, como se pretende em relação ao porte de entorpecentes para uso próprio, art. 16, Lei 6.368/76), não sujeição do imputado ao processo (como no caso da suspensão condicional do processo, prevista para os crimes com potencial ofensivo médio) ou à pena ("sursis"), institutos de diversificação da resposta penal ao fato (ampliação dos espaços de consenso, como na denominada transação penal, prevista no art. 76 da Lei 9.099/95 e endereçada à criminalidade de bagatela), ênfase na satisfação da vítima através da reparação do dano, afastando o interesse público na resposta jurídico-penal clássica de que se revestem as sanções penais, desinstitucionalização das penas, levando-as

à fiscalização por parte de órgão ou entidades não governamentais, etc.

São múltiplos os caminhos. Porém, a prescrição retroativa não significa a adoção de nenhum deles. Ao revés, fulmina a pretensão punitiva do Estado que - uma vez adotados aqueles caminhos - fica reservada aos casos de maior gravidade, nos quais a lei prevê uma estrutura de reação necessária para a defesa da sociedade.

Concluindo, a prescrição retroativa não coaduna com o princípio de que a condenação reforça o "jus puniendi", o que implicaria no aumento do prazo para seu exercício; nega a interrupção válida do prazo prescricional pelo recebimento da denúncia e prolação de sentença condenatória recorrível, ao arrepio dos fundamentos em que estribadas as causas interruptivas, à luz do princípio da "imprescritibilidade da ação em movimento"; viola os princípios de certeza, irredutibilidade e utilidade dos prazos, sendo por isso sustentável sua inconstitucionalidade; declara a inexistência do recebimento da denúncia, do desenrolar do processo e da própria sentença em que se funda através de uma injustificável ficção, não resistente ao fato de que, tanto o recebimento da denúncia, como todos os atos processuais daí desenvolvidos até a prolação da sentença (inclusive) são fenômenos não só jurídicos, como também naturalísticos, sendo apreensíveis

pelos sentidos; não se justifica sob o argumento de que representa uma conquista do indivíduo dentro da órbita protetiva da pessoa adotada pela política criminal num estado de direito liberal ou, mais modernamente, social.

Não escapa acrescentar, sem embargo de fugir ao tema, que a prescrição retroativa pela pena em perspectiva - criação jurisprudencial até o momento não vitoriosa - padece dos mesmos vícios.

Há que ser reformado o CP, extirpando-se do ordenamento jurídico penal a prescrição retroativa.

VII- Crítica ao art. 112, inciso I, primeira parte, do CP brasileiro

O último ponto a merecer destaque, dentro do sistema regulamentador da prescrição penal no Brasil, pertine a um dos termos "a quo" do prazo prescricional alusivo ao exercício da pretensão executória. Aqui a questão reveste-se da mais absoluta singeleza, notadamente no cotejo com os pontos anteriormente destacados, motivo pelo qual sua análise requer menor labor, sendo de fácil apreensão.

Está contido no art. 112, inciso I, CP, que o prazo prescricional alusivo ao exercício da pretensão executória corre:

"I- do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou livramento condicional."

Interessa-nos a primeira parte do inciso, ao estabelecer o "dies a quo" da prescrição da pretensão executória a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação.

O dispositivo modifica a redação anterior, prevista no CP de 1.940 e mantida íntegra até a reforma de 1.984. Pelo texto primitivo, dispunha-se como

termo "a quo" o dia em que houvesse passado em julgado a sentença condenatória.

A redação primitiva repetia o contido em todos os diplomas tomados como referência para comparações. O diploma penal italiano assim dispõe, no art. 172, parágrafo 3o., quanto ao termo inicial da prescrição da prescrição da pena:

"O prazo decorre do dia no qual a condenação tornou-se irrevogável, ou do dia no qual o condenado se subtraiu voluntariamente à execução já iniciada da pena."

A atual redação do CP espanhol, art. 134, assim explicita:

"O tempo da prescrição da pena se computará desde a data da sentença firme ou desde a quebra da condenação, se esta houver começado a cumprir-se."

Neste mesmo sentido prevê o CP uruguaio, no art. 129, bem como, na Alemanha, o StGB, Parágrafo 79 VI.

O CP argentino adota critério mais antigo e mais rigoroso. Prescreve o art. 66:

"A prescrição da pena começará a correr desde a meia-noite do dia em que se intimar o réu da sentença firme ou desde a quebra da condenação, se esta houver iniciado a cumprir-se."

Este critério não se justifica, pois implica na ausência de curso do prazo prescricional "ad eternum", até que o réu seja encontrado, segundo ensina MORILLAS CUEVA, citando QUINTANO RIPOLLÉS ⁽¹⁵⁹⁾

"El requisito de notificación personal al reo de la sentencia firme, fue con frecuencia criticado por la doctrina pues puede suceder con su mantenimiento que "no haya lugar a prescripción por no haberse llevado a cabo la formalidad de la notificación personal, por ejemplo, si el reo se anticipó a huir antes de la misma, resultando así notoriamente perjudicado frente a otros supuestos de quebrantamiento de idéntica naturaleza"

¹⁵⁹ MORILLAS CUEVA, op. cit., pp. 91-92. Entre nós, CHRISTIANO JOSÉ DE ALMEIDA, op. cit., p. 101, considera que o "...recuamento da data da intimação da sentença, sem dúvida alguma, favorece o acusado", em sentido oposto às críticas comuns ao sistema e, a nosso ver, "data venia", sem razão.

No mesmo sentido estabelece o texto mexicano. Entretanto, ressalva NAVARRO GARCIA ⁽¹⁶⁰⁾ que o período de não localização do sentenciado implicará na fluência do prazo prescricional da ação (correspondente ao exercício da pretensão punitiva: o autor aventa o uso da prescrição intercorrente superveniente).

Em legislações nas quais não há espaço para prescrição superveniente intercorrente, a crítica é arrazoada. No Brasil, acaso se exigisse a intimação da parte, adotando-se o sistema argentino, a possibilidade de intimação editalícia, art. 392, CPP, afastaria quaisquer dos problemas aventados.

Retomando-se o tema, a redação do CP de 1.984, inovando, andou mal. O motivo pelo qual inicia-se o prazo prescricional destinado a reger a pretensão executória com o trânsito em julgado da sentença (sentença firme, sentença irrevogável) é evidente. Enquanto não advém sentença condenatória com força de definitiva, não há que se falar em exercício da pretensão executória, ou "jus executionis", que é espécie do gênero "jus puniendi". Se não existe espaço para o exercício desta pretensão, automaticamente não pode correr o prazo a ele destinado. Ao revés, estar-se-ia fulminando a pretensão de executar do

¹⁶⁰- NAVARRO GARCIA, op. cit., p. 310.

Estado, ao pressuposto de seu desinteresse na pena, sem dar-lhe qualquer chance de evidenciar seu interesse, pois vedada a execução da pena enquanto a sentença condenatória não passa em julgado. Em suma: corre o lapso destinado à extinção do direito em período no qual sequer pode ser exercido.

Com efeito, a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão de executar tem um pressuposto básico: o trânsito em julgado da sentença. Leciona MANTOVANI

(¹⁶¹)

*"La prescrizione della pena -
presuppone que sia intervenuta una
sentenza definitiva di condana..."*

No mesmo passo o pronunciamento da nossa doutrina, valendo destacar o pensamento de ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, comentando a redação de 1.940: (¹⁶²)

*"...uma vez que 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*

¹⁶¹- FERRANDO MANTOVANI, op. cit., p. 832. No mesmo sentido, F. ANTOLISEI, op. cit., p. 673.

¹⁶²- ALOYSIO DE CARVALHO FILHO, op. cit., p. 393.

já se tornou definitiva. (...) Sentença passada em julgado, para esse ou qualquer efeito, é aquela de 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 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."

Neste passo, CHRISTIANO JOSÉ DE ALMEIDA⁽¹⁶³⁾ Comentando o CP de 1.984, no particular, alinha-se ANTONIO RODRIGUES PORTO dentre aqueles que consideram, da mesma forma que nós, correta a redação anterior⁽¹⁶⁴⁾

A posição em que se baseou o legislador de 1.984 é, ao nosso ver, incorreta. Defende-a DAMÁSIO E. DE JESUS,⁽¹⁶⁵⁾ definindo que o termo "a quo" inicia-se conforme o

¹⁶³- CHRISTIANO JOSÉ DE ALMEIDA, op. cit., p. 101, assinalando, entretanto, já no ano de 1.979, inúmeros precedentes jurisprudenciais no sentido positivado pelo atual CP.

¹⁶⁴- ANTONIO RODRIGUES PORTO, op. cit., p. 83.

¹⁶⁵- DAMÁSIO, "Prescrição...", pp. 109-110.

CP, art. 112, inciso I, primeira parte, condicionado ao trânsito em julgado para as duas partes. Assim, somente após este pode ter lugar a prescrição da pretensão executória. Porém, o prazo para tanto corre do trânsito em julgado para o M.P., isto é, o termo "a quo" situa-se preteritamente ao implemento da condição. Igualmente abonatória da atual redação é a posição de ALBERTO SILVA FRANCO ⁽¹⁶⁶⁾ aduzindo que o art. 112, ao falar de trânsito em julgado da sentença, não se referiu expressamente à acusação, porém estava implícita esta alusão, diante do princípio do "non reformatio in pejus".

Com a devida vênia dos renomados mestres, simplesmente o princípio do "non reformatio in pejus" - que de fato implica no trânsito em julgado da decisão para o M.P. quando desta não apela - no caso concreto não tem qualquer importância.

O que importa, aqui, é a exequibilidade da sentença, inexistente até que esteja firmada para ambas as partes. Importa a possibilidade de exercer o "jus executionis", vedada enquanto não opera o trânsito em julgado. A inviabilidade de alterar-se "in pejus" o comando sentencial não torna, automaticamente, exequível a sentença e, por isso, não tem o condão que lhe imprime a tese adotada

¹⁶⁶ ALBERTO SILVA FRANCO et alii, op. cit., p. 373.

pelo CP. Neste passo, por exemplo, preleciona OSCAR VERA BARROS:

"Mientras la sentencia de condena no se vuelve irrecurrible y por lo tanto, irrevocable, opera la prescripción de la acción. Sólo desde el momento en que la sentencia cobra autoridad de cosa juzgada puede prescribir la pena y no la acción." ^(166-A)

Note-se que, no caso concreto, o artigo 112, inciso I, primeira parte, CP, 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 20.10.97. O réu apela. Cerca de um ano e seis meses após, em 20.04.99, 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 20.04.99, com o trânsito em julgado, operou-se a "condição" apontada por DAMÁSIO, eis que a sentença firmou-se para ambas as partes. Então, está o aparelho estatal autorizado a praticar atos no sentido de localizar o sentenciando,

^{166-A}- OSCAR VERA BARROS, op. cit., p. 164/165.

submetendo-o à pena. Para tanto, porém, terá apenas 6 meses, ao invés dos 02 anos que caberiam pelo art. 109, inciso VI c/c art. 110, CP, eis que o prazo prescricional iniciara a fluir ainda em 20.10.97, aproveitando ao sentenciado todo o interregno durante o qual operou-se a fase recursal, período no qual - paradoxalmente - o Estado estava proibido de iniciar a execução da pena.

Portanto, o sistema utilizado pelo CP, além de tecnicamente inadequado, pois não se atém à exercitabilidade do direito prescribendo, pode implicar na prática em redução do prazo prescricional destinado à satisfação da pretensão executória, com sérios prejuízos para a atividade repressora do Estado, contribuindo para o aumento da impunidade.

VIII- Considerações Finais

A proposta inicial, endereçada à demonstração de aspectos do sistema prescricional brasileiro positivado que, por deficiências de ordem técnica, avivam a incidência da prescrição penal em casos nos quais não se pode considerar inexistente o interesse estatal na pena ou incidente a renúncia ao direito de punir, pelo decurso do tempo inviabilizador das atuações preventivas da pena (já que de uma pura perspectiva retributiva o "jus puniendi" seriam imprescritível), pretende-se cumprida.

Centramo-nos em quatro facetas do CP nas quais entendemos existirem inadequações de monta: a) a adoção de tábua de prazos prescricionais idêntica para a regulação tanto do exercício da pretensão punitiva como para o da pretensão executória; b) a inexistência de causas interruptivas no curso da ação penal, correspondentes a atos processuais de persecução praticados pelo Juiz e pelo Ministério Público entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória recorrível; c) a prescrição retro-ativa; d) o termo "a quo" da prescrição da pretensão executória previsto no art. 112, inciso I, primeira parte, CP. Propusemos, respectivamente, a) a criação de uma tábua de prazos prescricionais relativos ao exercício da pretensão executória com prazos superiores àqueles previstos para o exercício da pretensão punitiva; b) a adoção do princípio da

"imprescritibilidade da ação em movimento", com enunciação taxativa dos atos interruptivos, limitados objetiva (atos persecutórios dirigidos contra o imputado) e subjetivamente (praticados pelo Juiz e pelo órgão do Ministério Público), com limite temporal máximo para sua prática conjunta; c) a supressão da prescrição retroativa do CP; d) a restauração da redação conferida pelo CP de 1.940 ao artigo 112, inciso I, primeira parte.

"De lege ferenda", tais proposições destinam-se à reequilibrar o instituto da prescrição penal, fazendo-a atuar em níveis de normalidade de um ponto-de-vista político criminal.

De fato, atenta-se aqui para um problema que assola grande parte das Varas Criminais do país, nas quais a prescrição converte-se em regra e a punibilidade em exceção, o que não tem qualquer fundamento lógico. Não é possível que a política criminal do Estado brasileiro esteja calcada em deixar impune a maior parte da criminalidade que seus órgãos conseguem apurar. A extinção da punibilidade pela prescrição por força das apontadas incongruências, ao lado dos crimes não descobertos ou de autoria desconhecida, redundam em inarredável descrença nos órgãos aplicadores do direito penal.

Com efeito, a necessidade da existência da prescrição penal não é colocada em xeque, e nem poderia, à luz dos princípios que a informam. Porém, a causa extintiva de punibilidade deve operar em níveis de razoabilidade, isto é, excepcionalmente, quando constatado o desinteresse estatal na punição pela perda das funções preventivas da pena.

Já a super-incidência da prescrição nos foros criminais do país demonstra que - além da morosidade dos aparelhos de justiça - algo mais está errado, a ponto de deslocar sua incidência "normal" a um inchaço capaz de comprometer a atuação repressiva do Estado.

Muitos podem considerar nossas conclusões incompatíveis com os parâmetros em que se centra a política criminal num Estado de Direito. Ledo engano. Em nenhum momento se sustentou, aqui, os vícios sistêmicos da prescrição, fazendo-os colidir com a estrutura processual garantista e os princípios regentes do direito penal, centrados na intervenção em "ultima ratio" e na lesividade dos bens jurídicos, auto-limitadores do Estado em sua tarefa repressora. Tanto aquela estrutura, como estes princípios, ao lado dos princípios do estado de direito, culpabilidade e humanidade, constituem exigências levadas ao plano constitucional, delineadoras do direito penal moderno e plenas de autoridade.

Os princípios de garantia, conquistas já consagradas pelo Estado Liberal e adotadas pelo Estado Social, restam intocados.

Diversamente, o que se sustenta aqui é a necessidade de um acréscimo de eficiência no sistema penal, pois se inúmeras são suas mazelas, não é eliminando sua aplicação aos casos concretos - senão quando tecnicamente recomendável - que aquelas são atacadas. Assim, as hipóteses tecnicamente recomendáveis de reordenamento do direito penal como um todo estão sendo pesquisadas e colocadas mundialmente em prática. Os já citados exemplos de descriminalização de condutas cuja resposta jurídica estatal fica melhor assegurada através de outros ramos do ordenamento jurídico, da diversificação da tutela penal pela abertura de espaços de consenso - com flexibilização do princípio da obrigatoriedade - e pela eliminação da "capitis diminutio" representada pelo processo penal, pela despenalização obtida através do "probation", da reserva de pena, do "sursis", de medidas substitutivas sem cunho penalizador, a desinstitucionalização da pena, dão boa medida disso.

Neste sentido, assinala FRANCESCO PALAZZO sobre a orientação político criminal hoje imperante na Alemanha ⁽¹⁶⁷⁾

"... tem-se concentrado a influência da ideologia ressocializadora no setor da execução penitenciária e da medida de segurança, mas não se deixou de trabalhar um bem articulado debuxo de política criminal, no qual, posto o princípio fundamental da pena detentiva como "ultima ratio", o instrumental sancionatório se mostrou, a pouco e pouco, enriquecido e diversificado com institutos probatórios e substitutivos para a busca de uma maior "eficiência" e racionalidade total, em que convergem instâncias de ressocialização e em que a marca predominantemente tem sido a "seriedade" dos sistemas e da tutela da sociedade."

Neste contexto, o direito penal moderno busca tanto a preservação dos tradicionais valores protetivos do indivíduo em face do Estado, como - por outro

¹⁶⁷ FRANCESCO C. PALAZZO, Valores Constitucionais e Direito Penal, trad. Gérson Pereira dos Santos, p. 74.

lado - dirige-se à restauração de sua capacidade de resposta adequada aos ilícitos penais.⁽¹⁶⁸⁾

Ora, a prescrição implica na ausência de respostas quaisquer a nível penal para o fato, apagando-se todos os seus efeitos penais (prescrição da pretensão de punir) ou os principais (prescrição da pretensão de executar). Não é, em absoluto, isto que se apregoa em seara de política criminal liberal. Mesmo as teorias abolicionistas consideram deva haver uma reação para as "situações-problema", sem caráter aflitivo. Ora, a prescrição importa em ausência de qualquer tutela penal.

Exige-se um direito penal eficaz, pronto a dar respostas adequadas ao ilícito, sendo que as próprias Cartas Constitucionais - sem abandonar o papel limitador do Estado frente ao particular - tem eleito bens jurídicos aos quais impõem a proteção pelo direito penal, processo denominado por LUIZ LUISI como "indicações constitucionais criminalizadoras"⁽¹⁶⁹⁾. Isto não se alcança com a prescrição incidindo às largas.

¹⁶⁸- Ibid., p. 120.

¹⁶⁹- LUIZ LUISI, Os princípios constitucionais penais, p. 41, ressaltando inclusive o excessivo uso destes mecanismos feito pela CF/88, determinando a proteção penal dos direitos e garantias fundamentais (art. 5o., XLI), das ofensas à honra pelo racismo (art. 5o., XLII), das ações de grupos armados que coloquem em risco a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5o., XLIV), crimes hediondos, tráfico de entorpecentes, terrorismo e tortura (art. 5o.,

Em síntese, a incidência da prescrição deve operar em níveis de razoabilidade e não ser demasiada por força de anomalias de ordem técnica verificadas de "lege lata", capazes de comprometer a atuação do direito penal e frustrar as linhas de política criminal adotadas pelo Estado.

XLIII), condutas lesivas ao meio ambiente (art. 225), defesa do consumidor (art. 5o., XX-XLIII) e outras.

IX- Conclusões Parciais

1) Extrai-se das teorias clássicas relativas aos fundamentos da prescrição penal o aspecto comum de associarem a existência da prescrição ao decurso do tempo, admitindo portanto a idoneidade deste como fator capaz de afastar o direito estatal de perseguir criminalmente o fato e, após obtida a condenação, de punir seu autor.

2) Os verdadeiros fundamentos da atuação da prescrição penal são revelados pela associação aos fundamentos da própria sanção penal, porquanto a pretensão de punir "lato sensu" é que resta afetada pela prescrição.

3) Os fundamentos da pena deixam de atuar a partir do transcurso de determinado lapso de tempo, desaparecendo o sentido da aplicação da sanção penal, de modo que somente penas desnecessárias podem ser atingidas pela prescrição e, de outra forma, a superação do lapso prescricional evidencia a desnecessidade da pena.

4) Adota-se como referência a Teoria Unificadora Dialética que fundamenta a pena exigindo a atuação conjunta das funções preventivas e retributiva da pena na cominação, na aplicação e na execução penal, limitando a aplicação da pena quando não satisfeita esta

exigência em cada um dos momentos pré-falados, bem como impondo o respeito aos princípios da "intervenção mínima" e "ofensa ao bem jurídico" como balizas da atuação repressiva estatal, conjugadas àqueles fundamentos.

5) A atuação da prescrição no direito penal somente pode ser associada às funções preventivas da pena, sendo incompatível com a função retributiva, pois esta implica na necessariedade da imposição da pena a qualquer tempo.

6) Pela teoria unificadora dialética, não subsiste cada um dos "momentos da pena" na ausência da atuação preventivo-especial e geral de maneira conjunta, não se justificando o "jus puniendi" do estado nestes casos.

7) Se a ausência de atuação preventiva, geral ou especial, em cada um dos "momentos da pena", derivar do decurso do tempo, tem lugar a prescrição no campo penal.

8) A prescrição penal possui natureza jurídica mista, pois obsta tanto o exercício da ação ou da execução da pena, irradiando efeitos em campo processual-penal, como o próprio exercício do direito de punir (impor a pena no caso concreto) e o direito de executar ("jus executionis") vistos sob prisma jurídico-material.

9) As teorias que entendem haver somente natureza jurídica processual na prescrição que atua antes da definitividade da sentença condenatória e natureza jurídica material na prescrição posterior ao trânsito em julgado estão equivocadas, sem embargo de serem mistas, pois antes do trânsito em julgado verifica-se, também, a possibilidade de exercer o direito material de punir (levar o imputado à punição "in concreto"), pela perda do interesse estatal na punibilidade, como - após o trânsito em julgado - obsta-se a execução da pena, que possui conotação processual.

10) A prescrição depois do trânsito em julgado da sentença, pelo CP brasileiro, ressalvada a exceção proveniente do acréscimo de 1/3 previsto no art. 110, "caput", em face da reincidência, ocorrerá sempre em prazo igual ou menor no cotejo com o prazo previsto para a prescrição anterior ao trânsito em julgado da sentença, colidindo assim, quanto aos prazos em que ocorre, com a maioria dos textos legais estrangeiros e pondo-se em choque com a melhor doutrina existente a respeito.

11) Se a ausência de atuação preventiva, geral ou especial, em cada um dos "momentos da pena", derivada do decurso do tempo, dá lugar a prescrição penal por evidenciar um progressivo desinteresse na punibilidade, tem-se - como contrapartida lógica - que a

prática de atos de persecução penal pelo Estado-acusador, no transcurso do tempo, findando por obter sentença condenatória, confere um "plus" à sua posição frente ao imputado, reforçando sua pretensão punitiva anterior e provisoriamente sustentada na denúncia.

12) Se o Estado já exerceu sua pretensão punitiva a contento, obtendo em primeiro grau uma sentença condenatória, a prescrição não pode mais ter lugar até que a nova pretensão, executória, tenha seu exercício viabilizado, daí a perfeição do parágrafo 78-B, III, StGb, ao impedir a fluência da prescrição entre a sentença condenatória e seu trânsito em julgado.

13) Se o fortalecimento do "jus puniendi" externado pela sentença condenatória atinge seu ponto culminante quando esta transita em julgado (cessando inclusive a presunção de inocência), dando lugar ao "momento da pena" derradeiro - o "jus executionis" - o prazo destinado ao seu exercício deve ser superior àquele previsto para o exercício da pretensão de punir.

14) "De lege ferenda", o sistema prescricional brasileiro deve adotar prazos prescricionais maiores para o exercício da pretensão executória no cotejo com aqueles estipulados para o exercício da pretensão punitiva, sob pena de fomentar a incidência indevida da

prescrição, "in casu", extinguindo a pretensão executória e alimentando a impunidade, justamente quando o Estado havia reforçado seu interesse em punir o sujeito ativo da conduta, mediante prolação de sentença condenatória irrecorrível.

15) Se a inércia estatal tocante à persecução de um fato penalmente relevante ou à execução da sanção penal importa na renúncia em relação a ambas, dando lugar à prescrição, "a contrario sensu", o exercício de atos persecutórios destinados à apuração do fato e punição do infrator demonstram a inequívoca intenção estatal de exercer seu direito de punir, afastando a possibilidade de ocorrer prescrição.

16) O cerne da interrupção dos prazos prescricionais está na incompatibilidade de uma ação em movimento - por força dos atos persecutórios que reafirmam a pretensão punitiva a cada momento em que praticados - com a ocorrência de prescrição, dando margem ao denominado "princípio da imprescritibilidade da ação em movimento".

17) Só corre o fluxo prescricional onde há inércia. Reversamente, a cada ato persecutório, afasta-se a inércia e o prazo prescricional é quebrado, reiniciando-se e fluindo até o novo ato persecutório. Assim, após cessada a ofensa ao bem jurídico, inicia-se o prazo prescricional, obstado pelo primeiro ato persecutório; daí em diante, a

prescrição só poderá se consumir nos intervalos entre estes atos.

18) Os sistemas mais fiéis às premissas estabelecidas nas conclusões 15 a 17 são aqueles que consideram como causas interruptivas tanto atos de procedimento dirigidos contra o autor, pelo "parquet", como atos judiciais (mormente a sentença condenatória, em face da conclusão 13), combinando-os.

19) O sistema que olvida da previsão de atos do Ministério Público como causas interruptivas incorre no equívoco grosseiro de permitir a prescrição da pretensão de punir pela inércia do Estado sem perquirir se de fato houve tal inércia e, mais, sem permitir que o órgão sobre o qual recairá a perda do direito de punir impeça a prescrição através do movimento da ação.

20) As causas interruptivas, necessariamente representativas de atos persecutórios dirigidos contra o imputado e emanadas de atos judiciais ou do "parquet" (exceto a reincidência, baseada no acréscimo de periculosidade) devem ser apontadas "numerus clausus" pelo texto legal, em respeito aos princípios da legalidade e taxatividade das normas penais, bem como em conta do princípio da igualdade.

21) Os atos persecutórios processuais devem dar-se em velocidade tal que o lapso de tempo entre o crime e a condenação não torne na prática insubsistentes as funções preventivas da pena (como nos modelos alemão, italiano e português), pois do contrário o princípio da "imprescritibilidade da ação em movimento" restringiria sobremaneira a prescrição penal, comprometendo seu normal comportamento em termos de política criminal.

22) "De lege ferenda", o CP brasileiro deve prever atos do Ministério Público como causas interruptivas, bem como contemplar causas interruptivas entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória (ou sentença de pronúncia), pena de comprometer-se a seriedade do sistema repressivo, dando azo à atuação da prescrição penal por força de lacunas legais em casos nos quais há interesse estatal na punibilidade.

23) A pena concretizada na sentença é o critério básico para o cálculo da prescrição, porém sua adoção para período que antecede a própria sentença que a fixa carece de lógica - porquanto sequer existia - representando a norma do art. 110, parágrafo 2o., CP, autêntica supervalorização do citado critério.

24) A prescrição retroativa colide com os fundamentos da prescrição penal, pois incide justamente

no momento em que o Estado reforça seu "jus puniendi" através da obtenção da sentença penal condenatória. (conclusões 12 a 14)

25) As causas interruptivas calcadas no princípio da "imprescritibilidade da ação em movimento" têm por efeito apagar o período anterior à sua incidência, recomeçando a fluir o prazo "ex integro et ex novo", de modo que, uma vez realizado ou praticado um ato em tempo hábil, o prazo prescricional que se lhe assinava perde a razão de ser, sendo desprezado para qualquer efeito.

26) Os prazos prescricionais, fixados de modo a estipularem tempo hábil para o exercício de um ato qualquer, têm validade: a) "ex ante", ao serem previstos pela lei em abstrato; b) no caso concreto a partir do início de sua fluência, pois demarcam o período de realização dos atos relacionados com o "jus puniendi"; c) após seu integral transcurso, impedindo a prática do ato a que se referem e extinguindo a punibilidade (art. 107, IV, CP).

27) No momento em que o Estado reafirma o interesse na punição, através da obtenção de sentença condenatória dentro do prazo prescricional assinalado em lei, este deixa de ter qualquer valor, pois torna-se clara a inexistência de renúncia ao "jus puniendi".

28) Derivados do princípio constitucional do "devido processo legal", os princípios da utilidade, certeza e irredutibilidade dos prazos são aplicáveis pelo Ministério Público aos prazos prescricionais diante: a) da natureza jurídica mista da prescrição e b) do fato de serem, os atos interruptivos, marcadamente processuais (ainda que de conteúdo material).

29) A prescrição retroativa, prevista no art. 110, parágrafo 2o., CP, comporta arguição de inconstitucionalidade, por ofender o devido processo legal, ao violar: a) a utilidade do prazo em que confiara o Estado-acusador, ao dele se servir; b) a certeza do prazo, pois implica na redefinição do mesmo tomando-se por base evento futuro e incerto, qual seja, prolação de sentença condenatória com pena inferior ao máximo cominado; c) a irredutibilidade do prazo, quando aplicada pena cujo montante, incidindo na tábua do art. 109, CP, implica em deslocamento da faixa prescricional primitiva para uma previdente de tempo inferior.

30) A prescrição retroativa é ilógica ao ponto de negar a existência do processo e da sentença condenatória quando: a) estes são fenomenicamente perceptíveis e b) estes são seus próprios pressupostos, pois o cálculo do prazo prescricional retroativo adota a pena

fixada na sentença condenatória, e esta condiciona-se ao processo válido.

31) A prescrição retroativa prevista no art. 110, parágrafo 2o., CP, desequilibra o sistema destinado a reger a prescrição penal no CP e implica em fator de fomento da impunidade, não podendo ser sustentada como instituto afinado com um direito penal de garantias ao indivíduo.

32) O trânsito em julgado da sentença penal condenatória é pressuposto para o exercício da pretensão executória, e enquanto esta não pode ser exercida, por ausente a qualidade de coisa julgada da sentença, somente pode ter lugar a prescrição da pretensão punitiva.

33) O lapso prescricional alusivo a um direito qualquer somente pode fluir se possível o exercício do direito, pena de concluir-se pela inércia do seu titular quando este estava proibido de fazê-lo valer pela própria lei.

34) A norma prevista no art. 112, inciso I, primeira parte, CP, prevendo a fluência do prazo prescricional antes do trânsito em julgado do processo para ambas as partes, é equívoca, implicando no fomento da impunidade: a) porque o direito de executar não existe enquanto a sentença com trânsito em julgado para o

Ministério Público é passível de modificação, por recurso da defesa, de modo que o transcurso do prazo prescricional relativo à pretensão executória não tem lógica; b) porque, na prática, pode levar os prazos prescricionais alusivos ao exercício da pretensão executória aquém do que seria previsto pela aplicação pura e simples da tábua do art. 109, CP, c/c art. 110, "caput", CP, tomando-se a pena em concreto como referência.

X- Conclusões Gerais

A) A criação de uma tábua de prazos prescricionais relativos ao exercício da pretensão executória com prazos superiores àqueles previstos para o exercício da pretensão punitiva; b) a adoção do princípio da "imprescritibilidade da ação em movimento", com enunciação taxativa dos atos interruptivos, limitados objetiva (atos persecutórios) e subjetivamente (praticados pelo Juiz e pelo órgão do Ministério Público), com limite temporal máximo para sua prática conjunta; c) a supressão da prescrição retroativa do CP; d) a restauração da redação conferida pelo CP de 1.940 ao artigo 112, inciso I, primeira parte, são proposições a serem adotadas pelo Código Penal que implicarão na supressão da super-incidência da prescrição, comprometedora da atividade repressora do Estado e contributiva no sentido de torná-la inócua e desacreditada.

B) A prescrição, com incidência demasiada por força de anomalias de ordem técnica verificadas de "lege lata", capazes de comprometer a atuação do direito penal e frustrar as linhas de política criminal adotadas pelo Estado, deve voltar a operar em níveis de razoabilidade.

XI- Bibliografia

ALBUQUERQUE, FRANCISCO UCHOA DE. "Ilegalidade da prescrição da pena em concreto com efeito retroativo". In: *Justitia*, São Paulo, 1.977. Janeiro-março, n. 96, pp. 143-153.

ALTAVILLA, ENRICO. *Psicologia Judiciária - o processo psicológico e a verdade judicial*. Vol. I. 3a. ed., Coimbra, Armênio Amado, Editor, Sucessor, 1.981.

ANDRADE, CRISTIANO JOSÉ DE. *Da Prescrição em Matéria Penal*. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1979.

ANTOLISEI, FRANCESCO. *Manuale di Diritto Penale*. Parte gen., 11. ed., Milano, Giuffré, 1.989.

BARCELOS, PEDRO DOS SANTOS. *Prescrição Retroativa - Da Pretensão Punitiva da Ação Penal*. In: *Revista Jurídica*, Porto Alegre, 1990. Maio, Vol. 151, pp. 25-29.

BRUNO, ANÍBAL. *Direito Penal*. Vol. I, Tomo III, Rio de Janeiro, Forense, 1.962.

CÂMARA LEAL, ANTONIO LUIZ DA. *Da prescrição e da decadência*. 4.ed., Rio de Janeiro, Forense, 1.982.

CARVALHO FILHO, ALOYSIO DE. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IV, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1.958.

CASTIGLIONE, THEODOLINDO. "Os crimes contra a humanidade e o problema da prescrição em face de um Código Penal Internacional". In: RT, São Paulo, 1.967. Novembro, pp. 08-47

CERNICCHIARO, LUIZ VICENTE. "Alguns aspectos da Lei n. 6.416/77". In: Revista de Informações Legislativas, Brasília, 1.978. Julho/setembro, n. 59, pp. 101-114.

CONDE, FRANCISCO MUÑOZ. Teoria Geral do Delito. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Ed., 1988;

CUEVA, LORENZO MORILLAS. Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas. Granada, Universidad de Granada, 1.980.

DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO. Direito Penal Português. Lisboa, Ed. Notícias, 1993.

FERRAZ, NÉLSON. Da Prescrição no Sistema Penal Brasileiro. Rio de Janeiro, ed. do autor, 1981;

FIANDACA, GIOVANNI e MUSCO, ENZO. Diritto Penale. Parte generale, 3.ed., Bologna, Zanichelli Ed., 1.995.

FRAGOSO, HELENO CLÁUDIO. Lições de Direito Penal. Parte Geral, 15. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993.

----- Jurisprudência Criminal. Rio de Janeiro, Forense, 1.968.

FRANCO, ALBERTO SILVA et alii. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. 2. ed., São Paulo, RT, 1.987.

GARCIA, BASILEU. Instituições de Direito Penal. Vol. I, tomo II, 4.ed., São Paulo, Max Limonad, 1.959.

GARCIA, RAUL NAVARRO. "La prescripción en el derecho penal". In: Criminalia. Ciudad de México, 1.973. Setembro-outubro, Vols. 09-10, p. 294-324.

GRINOVER, ADA PELLEGRINI. "Igualdade de partes e paridade de armas: a posição do MP no Superior Tribunal Militar". In: "O processo em evolução", São Paulo, Forense Universitária, 1.996.

GRINOVER, ADA PELLEGRINI et alii. Recursos no Processo Penal. 2. ed., São Paulo, RT, 1.997.

GUARAGNI, FÁBIO ANDRÉ. "A revelia e a suspensão condicional do processo", Juruá, Curitiba, 1.997.

JESCHECK, HANS-HEINRICH. Tratado de Derecho Penal. Parte General, Vol. I. 3. ed., Barcelona, Bosch, 1981;

----- Tratado de Derecho Penal. Parte General, Vol. II. 3. ed., Barcelona, Bosch, 1981;

JESUS, DAMÁSIO EVANGELISTA DE. Prescrição Penal. 10 ed, São Paulo, Saraiva, 1995.

KOLB, LAWRENCE C. Psiquiatria Clínica. 9.ed., Rio de Janeiro, Interamericana, 1.980.

LITRENTO, OLIVEIROS. Direito Internacional Público em textos. 2.ed., Forense, Rio de Janeiro, 1.985.

LYRA, ROBERTO. Comentários ao Código Penal. Vol. II, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1.958.

LUHMANN, NIKLAS. Teoria de la Sociedad. Guadalajara, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993.

LUISI, LUIZ. Os princípios constitucionais penais. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris ed., 1.991.

MACHADO, LUIZ ALBERTO. Direito Criminal: Parte geral, São Paulo, RT, 1.987.

MAGALHÃES NORONHA, EDGARD DE. Direito Penal. Vol. I, São Paulo, Saraiva, 1.959.

MANTOVANI, FERRANDO. "Diritto Penale". 3.ed., Milano, CEDAM, 1.992.

MARQUES, JOSÉ FREDERICO. Tratado de Direito Penal. Vol. III, São Paulo, Saraiva, 1.956.

MARREY, ADRIANO. "Lei 7.209, de 1.984, e a prescrição retroativa". In: RT, São Paulo, 1.985. Maio, vol. 595, pp. 476-478.

MARTINEZ, MILTON CAIROLI. Curso de Derecho Penal Uruguayo. Tomo III. Montevideú, FCU, 1988.

MENDES DE ALMEIDA, JOAQUIM CANUTO. "A retroatividade da sentença no cálculo da prescrição penal", In: RT, São Paulo, 1.960. Abril, Vol. 294, pp. 07-20.

MIRABETE, JÚLIO FABBRINI. Prescrição Criminal. Curitiba, Juruá, 1978.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Teoria Geral do Delito, trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris ed., 1.988.

NAVES, NILSON VITAL. O Supremo Tribunal Federal e o Princípio da Prescrição pela Pena em Concreto. In: Justitia, São Paulo, 1975. Vol. 88, p. 285-293.

PAGLIARO, ANTONIO. Principi di Diritto Penale. Parte gen., 5.ed., Milano, Giuffré, 1.996.

PALAZZO, FRANCESCO C.. Valores Constitucionais e Direito Penal, trad. Géron Pereira dos Santos. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris ed., 1.989.

PASSETTI, EDSON e DIAS DA SILVA, ROBERTO BAPTISTA; "Abolicionismo penal e os direitos de cada um". In: IBCCrim, São Paulo, 1997. Outubro, n. 59, p. 04.

PORTO, ANTONIO RODRIGUES. Da Prescrição Penal. 4. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1.988.

PUIG, SANTIAGO MIR. Derecho Penal. Pte. gen., 3.ed., Barcelona, PPU, 1.995.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO. Derecho Penal. Pte. gen., 2.ed., Barcelona, PPU, 1.995.

RAMAYO, RAUL ALBERTO. "La "secuela del juicio" y la interrupción de la prescripción de la acción penal". In: Revista Jurídica Argentina "La Ley", Buenos Aires, 1.963. Vol. 109, pp. 1.069-1.077.

RAMÍREZ, JUAN BUSTOS. Manual de Derecho Penal. Pte. gen., 3a. ed., Barcelona, Ariel Ed., 1.989.

RIBEIRO LOPES, MAURÍCIO ANTONIO. Princípio da legalidade penal. São Paulo, RT, 1.994.

----- "O reconhecimento antecipado da prescrição. O interessê de agir no processo penal e o Ministério Público". In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, 1.993. Julho-Setembro, n. 3, pp. 128-150.

ROXIN, CLAUD. Problemas Fundamentais de Direito Penal. Lisboa, Vega, 1986;

SACCHETTINI, EUGENIO. Le prescrizioni nel diritto civile, penale e tributario - analisi e casistica. 3.ed., Milano, 24 Ore Norme e Tributi, 1.997.

SALGADO MARTINS. Sistema de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. Rio de Janeiro, José Kofino Ed., 1.953.

SANTOS, ULDERICO PIRES. Prescrição: doutrina, jurisprudência e prática. Rio de Janeiro, Forense, 1990.

SIRACUSANO, DELFINO et alii. Diritto Processuale Penale. 2.ed., vols. I e II, Milano, Giuffrè, 1.996.

TAIPA DE CARVALHO, AMÉRICO. Sucessão de leis penais. Coimbra, Coimbra ed., 1.990.

TOURINHO FILHO, FERNANDO DA COSTA. Processo Penal. 12a. ed., vol. III, São Paulo, Saraiva, 1.990.

VERA BARROS, OSCAR N.. La Prescripción Penal en el Código Penal. Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1.960.

VIEL, LUIZ. Aplicação da Nova Parte Geral do Código Penal. In: Jurisprudência Brasileira Criminal, Curitiba, 1.987. Vol. 18, p. 11-19.

WELZEL, HANS. Derecho Penal Alemán. Parte General, 6. ed., Buenos Aires, Ediar, 1991;

ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. Tratado de Derecho Penal. Vol. V, Buenos Aires, Ediar, 1983;

----- Manual de Derecho Penal. Parte general. 6. ed., Buenos Aires, Ediar, 1996.