

INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA

PRISCILLA BIANCHI PEDRONI

PRESCRIÇÃO PENAL RETROATIVA

CURITIBA
2008

PRISCILLA BIANCHI PEDRONI

PRESCRIÇÃO PENAL RETROATIVA

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Penal e Criminologia, do Instituto de Criminologia e Política Criminal e Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientador Prof.º Juarez Cirino dos Santos.

CURITIBA

2008

SUMÁRIO

RESUMO	3
1. INTRODUÇÃO.....	4
2. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.....	6
2.1 DA PUNIBILIDADE	6
2.2 PRETENSÕES PUNITIVA E EXECUTÓRIA.....	8
2.3 CAUSAS DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.....	9
2.3.1 Natureza jurídica.....	11
2.4 EFEITOS DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE	11
2.5 CAUSAS EXTINTIVAS DA PUNIBILIDADE ELENCADAS NO ARTIGO 107 DO CÓDIGO PENAL	13
3. DA PRESCRIÇÃO.....	15
3.1 ORIGEM HISTÓRICA	15
3.2 CONCEITO E FUNDAMENTO	17
3.3 IMPRESCRITIBILIDADE	21
3.4 EFEITOS DA PRESCRIÇÃO	22
3.5 NATUREZA JURÍDICA.....	23
3.6 ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO.....	25
3.6.1 Prescrição da Pretensão Punitiva.....	26
3.6.2 Prescrição Subseqüente, Intercorrente ou Superveniente.....	32
3.6.3 Prescrição da Pretensão Executória.....	35
4. DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA.....	38
4.1 ORIGEM, EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E CONCEITO.....	38
4.2 NATUREZA JURÍDICA.....	43
4.3 REQUISITOS	44
4.4 CONTAGEM DO PRAZO E RECONHECIMENTO	44
4.5 COMPETÊNCIA	47
4.6 FATOS IMPEDITIVOS PARA SEU RECONHECIMENTO.....	48
4.7 RESCRIÇÃO RETROATIVA E MÉRITO	49
4.8 EFEITOS.....	50
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS	60

RESUMO

O presente trabalho objetivou explicitar os aspectos mais importantes do instituto da Prescrição Penal, analisando com maior ênfase a modalidade da Prescrição Retroativa. Verificou a importância do instituto como uma das causas de extinção da punibilidade previstas em nosso ordenamento jurídico tendo como fundamento o decurso do tempo frente a morosidade do Poder Judiciário em dar a tutela jurisdicional almejada dentro do prazo ideal. Analisou-se, para tanto, a extinção da punibilidade, conceito de punibilidade, causas extintivas e seus principais efeitos e conseqüências. Na fase da prescrição, importante se fez a sua análise histórica para entender a necessidade e importância do seu surgimento no âmbito do direito penal, bem como, seus fundamentos.

1. INTRODUÇÃO

Com a prática da infração penal surge para o Estado o direito de punir o agente, ou seja, a punibilidade, que nada mais é do que a possibilidade jurídica de o Estado impor uma sanção ao autor do delito.

Todavia, o legislador estabelece uma série de causas que podem extinguir essa punibilidade, impossibilitando assim que o Estado venha a aplicar uma pena ao caso concreto, seja por não poder dar início ou termo à persecução penal, seja por não poder executar a pena aplicada em definitivo por meio de sentença condenatória.

O artigo 107 do Código Penal prevê as causas que podem extinguir a punibilidade do Estado, dentre elas, encontra-se prevista, no inciso IV, a prescrição como causa de extinção da punibilidade.

No atual ordenamento penal, tem-se como espécies da prescrição a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória, esta última que ocorre somente após haver trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

O presente estudo tem por finalidade expor as principais características desse instituto denominado prescrição, em especial a modalidade da prescrição retroativa, expondo a sua razão de ser como uma das causas extintivas da punibilidade.

Especificamente, expor as circunstâncias históricas de surgimento, evolução e interpretação da prescrição retroativa em nosso sistema jurídico penal, explicitando, ainda, os aspectos práticos para o seu reconhecimento.

Para tanto, tem-se como necessário o estudo preliminar da extinção da punibilidade, visto ser a prescrição uma de suas causas. Nesse capítulo serão analisados o conceito de punibilidade, a diferenciação das pretensões punitiva e executória, bem como, as causas de extinção da punibilidade e seus efeitos.

Num segundo momento, abordar-se-á os aspectos gerais da prescrição, analisando sua origem histórica e evolução, conceituando tal instituto e apresentando fundamentos para a sua existência, além da análise de sua natureza jurídica e das diversas espécies de prescrição presentes em nosso direito pátrio.

Vencidas todas as fases dispostas acima, por fim, analisar-se-á

especificamente a prescrição retroativa em seus aspectos principais.

A prescrição retroativa é uma modalidade de prescrição da pretensão punitiva do Estado, entretanto, nem sempre foi assim considerada. Em que pese a prescrição retroativa ser modalidade de prescrição da pretensão punitiva, seu prazo regula-se pela pena já concretizada em sentença condenatória, que, entretanto, ainda não transitou em julgado.

A prescrição retroativa antecipada é um ponto de grande divergência na doutrina e na jurisprudência, sendo muitos os argumentos contra ou a favor dessa variante. Atualmente, prevalece o entendimento pela sua não-aceitação.

Várias discussões travaram-se em torno do instituto, desde sua criação até a sua atual redação introduzida com a Lei n.º 7.209/84 que reformou a Parte Geral do Código Penal, tendo em vista a polêmica trazida pelo instituto no sentido em que a pena concretizada na sentença irá regular prazo prescricional anterior à data da sua publicação.

2. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

2.1 DA PUNIBILIDADE

Ultrapassado o período de formação do Direito Penal, que passou por ciclos como da perda da paz, vingança privada, composição pecuniária, castigo corporal e pena pública, nasce o *jus puniendi* estatal. Assim, no início das primeiras manifestações do Direito, com os primeiros agrupamentos humanos, nasce a necessidade de punição do próprio convívio comunitário em defesa do sentimento natural de preservação e sobrevivência contra atos injustos.

Historicamente, o *jus puniendi* estatal tem sua origem no início do movimento do Iluminismo e da construção Estado Liberal, onde o Estado, com poderes autônomos, avocou o monopólio da jurisdição e investiu-se da possibilidade não só de legislar em matéria penal, como também de aplicar as sanções aos casos concretos porventura existentes.

Desta forma, o Estado edita normas penais incriminadoras através do Direito Penal a fim de que os bens jurídicos nelas contidos não sejam ofendidos, tornando-se o único titular do direito de punir abstrato, exigindo que os cidadãos não cometam o fato descrito na norma¹.

Com a realização de um fato delituoso, a relação entre o Estado e o agente causador, que antes era de simples obediência penal, consubstanciada no preceito primário da norma incriminadora, transforma-se numa relação denominada jurídico-punitiva, com suporte legal no preceito secundário da norma que comina a sanção aplicável.

Surge, assim, um *jus puniendi* concreto, verdadeiro poder-dever de punir do Estado, travando-se uma relação real, de natureza jurídico-penal, entre o Estado e o sujeito ativo do crime.

Visualiza-se dessa relação, dois pólos distintos, mas complementares: “*de um lado deve o Estado exercer o seu poder de punir, impondo a sanção penal respectiva e realizando a sua execução, e do outro lado determina-se ao sujeito o*

¹ JESUS, Damásio Evangelista de. Prescrição Penal, 16.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 01.

*dever de submeter-se à sanção penal, evitando obstaculizar os meios de sua aplicação”.*²

Destarte, praticada uma infração penal, o direito de punir do Estado, que antes era abstrato, torna-se concreto surgindo, assim, a punibilidade. Conforme assevera Aníbal Bruno, a prática de um fato definido na lei como crime traz consigo a punibilidade, isto é, a aplicabilidade da pena que é cominada em abstrato na norma penal³.

A punibilidade nada mais é do que a possibilidade jurídica que o Estado tem de impor uma sanção ao autor do delito, é a aplicabilidade da pena que lhe é cominada em abstrato na norma penal. A punibilidade é a consequência jurídica da prática do delito, pois se trata de efeito jurídico e não de requisito ou elemento do crime. Assim, pode-se afirmar que ante sua ausência, excetuando-se no caso de anistia ou *abolitio criminis*, não desconstitui a infração penal.

É a punibilidade, portanto, uma consequência jurídica do crime e não seu elemento, devendo-se aplicar a respectiva sanção quando verificado que houve um crime e que a conduta do agente foi culpável.

Nos termos do artigo 43, inciso II, do Código de Processo Penal, a denúncia ou queixa será rejeitada, não se dando início à instrução criminal, quando já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa devidamente comprovadas nos autos. Nestes termos, caracteriza-se a punibilidade como uma das condições para o exercício da ação penal.

Ocorrida qualquer uma das causas extintivas da punibilidade previstas no artigo 107, do Código Penal, ou outras causas especiais, deve a denúncia ou a queixa ser rejeitada. Conforme salienta Mirabete, é indispensável que haja certeza quanto à existência da causa extintiva de punibilidade para rejeição de denúncia ou queixa. Caso haja dúvida, deve o juiz receber a inicial, e, em sendo comprovada a existência de causa de extinção durante a instrução, poderá o juiz, a qualquer tempo, declarar extinta a punibilidade, conforme disposto no artigo 61 do Código de Processo Penal⁴.

² JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. 25.ª ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 589.

³ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v.3. p. 195.

⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*, 2.ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 100.

2.2 PRETENSÕES PUNITIVA E EXECUTÓRIA

A norma penal incriminadora tem como escopo evitar que uma conduta humana seja por ela alcançada, evitar a prática do fato nela prevista.

Não sendo praticada a ação ou omissão disposta no tipo penal, verifica-se a eficácia do Estado em utilizar o seu direito de não punir, de não mover a máquina judiciária em busca de uma reprimenda.

No entanto, uma vez praticado um crime surge para o Estado o *jus puniendi*, ou seja, a pretensão punitiva.

A pretensão punitiva, é a exigência de que o poder-dever de punir do Estado subordine o direito de liberdade do cidadão. É a exigência que o Estado faz ao Poder Judiciário para que este declare, por uma decisão denominada sentença, a obrigação de o agente do crime submeter-se à sanção penal.

Deve a pretensão punitiva ser deduzida em juízo mediante regular processo, valendo-se o Judiciário da Ação Penal para dirimir o conflito de interesses surgido entre o direito punitivo do Estado e o direito à liberdade do infrator.

A aplicação da sanção penal ao caso concreto, bem como a sua execução, deve ser realizada por intermédio da jurisdição, não cabendo ao Estado, por meio do Poder Executivo, aplicar diretamente a coação sem o devido processo legal.

Estará o Estado exercendo a pretensão punitiva desde quando instaurada a ação penal até o trânsito em julgado da decisão proferida pelo poder Judiciário.

Considerada procedente a pretensão punitiva do Estado, surge para ele o poder-dever de impor a sanção penal cominada.

O trânsito em julgado da sentença condenatória torna certo o direito de punir estatal, surgindo daí a pretensão executória, através da qual o Estado adquire o direito de executar a sanção imposta pelo Judiciário. Assim, depois que transitada em julgado a sentença penal condenatória, o Estado já não exercerá a pretensão punitiva, porque com o julgamento definitivo terá surgido o título executivo, com o qual o Estado poderá executar a sanção aplicada, pena ou medida de segurança.⁵

Verifica-se, assim, que durante a ação penal existe o direito de punir do Estado. Se a sentença ao final for absolutória, extingue-se esse direito, que na verdade nunca teria existido. Se for a sentença condenatória, confirma-se a

pretensão punitiva deduzida junto ao Judiciário e com o trânsito em julgado da sentença a pretensão punitiva transforma-se em pretensão executória.

Em suma, a pretensão punitiva nasce com a prática do crime, estendendo-se até o trânsito em julgado da sentença condenatória, momento no qual nasce a pretensão executória que irá extinguir-se com a incidência de alguma causa eventual, tais como o cumprimento da pena ou qualquer causa extintiva da punibilidade.

2.3 CAUSAS DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

É a punibilidade a possibilidade jurídica de o Estado impor a sanção ao autor de um delito. Entretanto, prevê o legislador no disposto do artigo 107, do Código Penal, uma série de causas que extinguem a punibilidade, tornando impossível a imposição de uma sanção.

Assim, originado o *jus puniendi*, o qual se concretiza com a prática do delito, podem ocorrer causas que obstem a aplicação das sanções penais pela renúncia do Estado em punir o autor do delito, trata-se de em causas de extinção da punibilidade.

Sendo as causas extintivas de punibilidade atos ou fatos que impedem a aplicação da sanção penal, pode-se classificar em: a) causas de extinção gerais ou comuns, que são aquelas que podem ocorrer em todos os delitos, tais como a prescrição, a morte do agente, anistia, graça ou indulto e *abolitio criminis*; e, b) causas especiais ou particulares, que são aquelas relativas a determinados delitos ou grupo de delitos, como, por exemplo, a retratação do agente nos delitos contra a honra, renúncia privada, perdão do ofendido.

Ainda, sob outro vértice, podem ser classificadas aduzindo que são também naturais e políticas, conforme provenham da impossibilidade de fato (tal qual a morte do agente), ou de motivos ditados pelo interesse público.

Já a lição de José Frederico Marques as causas de extinção da punibilidade podem ainda constituir-se em fatos jurídicos que extinguem o direito de punir e em

⁵ TELES, Ney Moura. *Direito Penal: Parte Geral*, vol. 2. São Paulo: Atlas, 1998. p. 247.

atos jurídicos de que pode provir a extinção da punibilidade.⁶

Ainda, no caso da ocorrência de concurso de agentes, podem as causas de extinção da punibilidade ser comunicáveis, aproveitando todos os autores, co-autores e partícipes, ou incomunicáveis, valendo individualmente para cada um dos autores. Leciona Nélon Hungria, que comunicáveis são sempre as causas objetivas ou atinentes à reparação do dano, ainda quando representem arrependimento eficaz de um só dos partícipes (exemplo: o *subsequens matrimonium* em certos crimes sexuais). À exceção da renúncia e o do perdão do ofendido, são, ao contrário, incomunicáveis as causas subjetivas ou fundadas em circunstâncias de caráter pessoal (art. do art. 30).⁷

Verifica-se, ainda, conforme disposição do artigo 108, do Código Penal, que a extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não se estende a este, e que nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravante da pena resultante da conexão.

Como exemplo, “se agente, após um estupro, tenta matar a pessoa que viu o fato e, posteriormente, casa com a ofendida, a extinção da pena de estupro não impede ocorrer a agravante do art. 61, II, B, para tentativa de homicídio que, aliás, será qualificada (art. 121, § 2.º, V)”.⁸ Salienta que nesse caso não é um crime que serve de agravante a outro, é a conexão entre eles que agrava o fato.

O artigo 107, do Código Penal, traz um rol de causas de extinção da punibilidade, entretanto este rol não é taxativo, pois existem várias outras causas extintivas da punibilidade descritas na Parte Especial do Código Penal e em demais leis esparsas tais como:

- morte do cônjuge ofendido no adultério — artigo 240, do Código Penal, (ação personalíssima), norma, aliás, já revogada;
- ressarcimento do dano no crime de peculato culposo — artigo 312. § 3º, V parte, do Código Penal;
- homologação da composição quanto aos danos civis nos crimes de menor

⁶ MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1956, vol. III, p. 412.

⁷ HUNGRIA, Nelson *apud* NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. vol. 1. 36.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.344.

⁸ NORONHA, ob. cit., p. 344.

potencial ofensivo de ação privada ou pública condicionada representação — artigo 74, parágrafo único, da Lei n.º 9099/95;

- morte da vítima nos delitos de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento — artigo 236, do Código Penal;

- o pagamento do tributo ou da contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia nos crimes contra a Ordem Tributária (Lei n.º 8.137/90), de Sonegação Fiscal (Lei n.º 4.729/65) e de não recolhimento de Contribuições Previdenciárias (Lei n.º 8.212/91);

- composição nas infrações de menor potencial ofensivo cuja ação penal seja privada ou pública condicionada - Lei n.º 9.099/95, artigo 77, parágrafo único, c/c o artigo 107, V, do Código Penal);

- suspensão condicional do processo, na ação pública condicionada ou incondicionada, para as infrações penais com pena mínima inferior ou igual a um ano — artigo 89, § 5.º, da Lei n.º 9.099/95.

2.3.1 Natureza jurídica

As causas extintivas da punibilidade estão previstas e reguladas tanto no Código Penal quanto no Código de Processo Penal, possuindo, assim, natureza jurídica mista, visto constituírem institutos tanto de Direito Penal como, de Processo Penal.

Salienta-se, ainda, que as causas de extinção da punibilidade se distinguem das causas de exclusão do crime, pois, nestas a conduta do agente é lícita, ou seja, é uma conduta autorizada pelo ordenamento. Também as distingue das causas de isenção de pena, as quais impedem a aplicação de sanção, em que pese caracterizarem uma conduta ilícita.⁹

2.4 EFEITOS DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Ensina DELMANTO que, via de regra os efeitos da extinção da punibilidade correspondem ao momento em que elas ocorrem. Tem-se, assim, como marco

⁹ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio do Janeiro: Forense, 2002.p. 671.

divisor e diferenciador dos efeitos das causas extintivas da punibilidade o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.¹⁰

As causas extintivas podem ocorrer após a prática do fato delituoso, durante o processo, ou ainda, após a condenação do agente.

Tendo a causa extintiva ocorrido antes do trânsito em julgado da sentença, via de regra, fica o *jus puniendi* prejudicado, extinguindo-se a própria pretensão punitiva, não persistindo, por consequência, qualquer efeito do processo ou da sentença condenatória. Pode-se exemplificar neste caso a prescrição da pretensão punitiva, dentre outras causas. Subsistirão, eventualmente, alguns efeitos da condenação, por exemplo, nas hipóteses de perdão judicial e do indulto.

Caso venha a causa de extinção da punibilidade ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória, regra geral, extingue-se o título executivo judicial penal executório, ou seja, a pretensão executória, ou apenas alguns de seus efeitos, como a pena, o que ocorre no caso da prescrição da pretensão executória. Entretanto, nas hipóteses da anistia ou da *abolitio criminis*, retroagem e atingem a pretensão punitiva, verificando-se que se extinguem todos os efeitos da sentença condenatória e o delito não mais pode ser considerado, apagando-se qualquer efeito penal surgido em decorrência do fato delituoso, mesmo quando posteriores à condenação passada em julgado.

Conforme se evidencia, os efeitos da extinção da punibilidade podem variar conforme a causa e o tempo em que ocorreu.

Nesse contexto, vale citar o ensinamento de NORONHA:¹¹

Extinguem elas a pretensão punitiva do Estado ou impedindo a *persecutio criminis*, ou tornando inexistente a condenação. O delito, como fato, como ilícito penal, permanece, gerando efeitos civis e criminais, como o reconhecimento da reincidência, a impossibilidade do sursis, a agravação da pena, no caso dos delitos conexos. O crime subsiste, pois uma causa posterior ou secessiva não pode apagar o que já se realizou no tempo e no espaço.

Oportuna a observação de Antolisei: "O Código distingue estas causas em duas classes: causas que extinguem o crime e causas que extinguem a pena. Tal terminologia é absolutamente feliz, porque o crime como fato histórico, uma vez realizado, não desaparece (*quod factum infectum fieri nequit*). Não é também, exato que o delito se extingue como ente jurídico, pois, no sistema de nossa lei, o referido crime extinto continua a produzir vários e importantes efeitos jurídicos".

¹⁰ DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

¹¹ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. vol. 1. 36.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 343.

Mesmo a *novatio legis*, que faz desaparecer o delito, como ilícito penal, permanecendo os efeitos civis, não deixa de ser causa extintiva da punibilidade.

Extinguindo esta, elas não fazem desaparecer a condenação, exceto quando houve anistia ou ocorreu *abolitio criminis*, cessando, então os efeitos penais.

Como de é de conhecimento geral, a extinção da punibilidade será declarada de ofício pelo juiz em qualquer fase do processo, seguindo o procedimento do artigo 61, do Código de Processo Penal.

2.5 CAUSAS EXTINTIVAS DA PUNIBILIDADE ELENCADAS NO ARTIGO 107 DO CÓDIGO PENAL

O Código Penal relaciona em seu artigo 107 causas extintivas da punibilidade. Não se trata de um rol taxativo, mas meramente exemplificativo, conforme já mencionado no item 2.3.

Dispõe o artigo 107, do Código Penal, *in verbis*:

Art 107 - Extingue-se a punibilidade:

I - pela morte do agente;

II - pela anistia, graça ou indulto;

III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV - pela prescrição, decadência ou perempção;

V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei admite;

VII - pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código;

VIII- pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração;

IX- pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

As causas de extinção da punibilidade podem ser classificadas, conforme se constituem em fatos ou atos jurídicos, em causas extintivas da punibilidade que advém de fatos jurídicos e causas extintivas da punibilidade que advém de atos jurídicos.

Fala-se em fato jurídico quando a causa provém de um fato humano ou natural. Nesse rol, considerando as causas de extinção da punibilidade elencadas no

artigo 107, do Código Penal, pode-se incluir como fatos jurídicos extintivos da punibilidade a morte do agente, a prescrição, decadência, a perempção e a *abolitio criminis*.

Fala-se em ato jurídico quando a causa provém de um comportamento humano que visa à extinção da punibilidade. Incluem-se nessa classificação a retratação do agente, o casamento do agente com a vítima, o casamento da vítima com terceiro, a anistia, a graça, o indulto, a renúncia, o perdão do ofendido e o perdão judicial.

Ensina Aníbal Bruno que "*das causas extintivas da punibilidade, umas decorrem de fatos naturais, como a morte ou o decurso do tempo na prescrição, outras, de atos de vontade quer da autoridade pública, como a graça, a exclusão do crime na lei nova, quer do agente ou da vítima, como a retratação, o perdão, o casamento do agente com a ofendida em certos crimes sexuais.*"¹²

Classificam-se, ainda, as causas de extinção da punibilidade quanto ao momento de sua ocorrência, podendo ocorrer antes ou depois do trânsito em julgado da sentença condenatória.¹³

A morte do agente pode ocorrer antes ou depois de sentença condenatória irrecorrível, bem como a anistia, a *abolitio criminis*, a prescrição e o casamento da vítima nos crimes contra o costume. A graça e o indulto ocorrem depois do trânsito em julgado da sentença condenatória. A decadência ocorre antes de iniciada a ação penal privada ou pública condicionada à representação. A perempção pode se dar durante a ação penal exclusivamente privada e a renúncia do direito de queixa antes. O perdão do ofendido pode ocorrer depois de iniciada a ação penal exclusivamente privada até o trânsito em julgado da sentença condenatória. O perdão judicial surge por ocasião da sentença condenatória e a retratação do agente até a sentença final. Por fim, o casamento da vítima com terceiro, norma aliás já revogada, ocorreria antes do trânsito em julgado da sentença.

¹² BRUNO, Aníbal. Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v.3. p. 197.

¹³ JESUS, Damásio Evangelista de. Prescrição Penal, 16.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 11-13.

3. DA PRESCRIÇÃO

3.1 ORIGEM HISTÓRICA

Constitui-se a prescrição penal um dos modos de extinção da punibilidade pelo decurso do tempo, prevista no Código Penal, artigo 107, inciso IV.

A prescrição sempre foi um tema controvertido, sendo que os costumes e a cultura de cada povo ditavam os parâmetros para que se aceitasse que o decurso do tempo liberasse o criminoso da imposição de qualquer sanção.

A palavra prescrição origina-se do termo latino *praescriptio* derivada do verbo prescrever que significa um escrito posto antes.

O instituto da prescrição já era conhecido no Direito Grego, mas só se tem notícia do instituto no Direito Romano, como mais antigo texto legal, a *Lex Julia de Adulteriis*, datada do século XVIII A.C.. Segundo essa Lei, quem tivesse cometido adultério, passados cinco anos, não mais poderia ser acusado.

Teriam os romanos criado prazos máximos para conclusão do processo com o intuito de evitar acusações prolixas e ineficazes¹⁴. Para o Direito Romano os crimes de maior potencial ofensivo eram tidos por imprescritíveis, visto que a prescrição associava-se à idéia de perdão.

Nos dizeres de Antonio Rodrigues Porto,¹⁵ “a Manzini pareceu que no direito romano a razão genética da prescrição (do crime) resultara da idéia de reagir à negligência ou à malícia dos órgãos acusadores”.

A evolução e desenvolvimento do instituto da prescrição penal deram-se de forma lenta, durante vários séculos, tendo sido admitido no direito germânico e de outros povos, mas buscando-se, via de regra, excluir do seu alcance os crimes considerados mais graves.

Na Idade Média surgiu uma tendência de se reduzir de forma exagerada os prazos prescricionais, fato este que motivou uma reação e resultou numa dificultada

¹⁴ Conforme dispõe Eduardo Reale FERRARI (1998, p. 1), fica evidenciada tal situação no seguinte contexto: na época de Constantino I estabeleceu-se prazo de um ano para o término do processo contra o delinqüente e na época de Justiniano aumentou-se o prazo para dois anos.

¹⁵ PORTO, Antonio Rodrigues. *Da Prescrição Penal*. 5.ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 25.

ocorrência do instituto¹⁶.

Na Itália, o instituto foi amplamente aplicado, mas mesmo assim sofria fortes críticas por parte de alguns juristas como Cesare Beccaria, proclamando outros, que seria um estímulo à fuga. Conforme relatado por Eduardo Reale Ferrari, entendia Beccaria que *“a prescrição não deveria existir em relação aos crimes atrozes, pois representaria negação de que a todo delito corresponderia uma pena como consequência necessária e inevitável. Seria assim, para o nobre pensador, um prêmio à impunidade e um incentivo aos crimes alarmantes a abalar a comunidade, deixando-a em situação de defesa”*.¹⁷

A prescrição da condenação surgiu na França através do Código Penal de 1791, fato este que foi favorecido pela Revolução Francesa.

Por volta dos séculos XVI e XVII a prescrição foi reconhecida pela Itália e também pela Alemanha.

Nos Códigos Penais modernos, a prescrição da ação é aceita quase sem exceção, inclusive pelo Direito Eclesiástico. A prescrição da condenação, porém, é ainda repelida por algumas legislações, como a da Inglaterra.

No Brasil, a prescrição da ação, ou seja, da pretensão punitiva foi regulada primeiramente no Código de Processo Criminal do Império de 1822 e por leis posteriores, considerando-se prazos maiores para os crimes inafiançáveis e menores para os crimes afiançáveis.

O artigo 65 do Código Criminal do Império dispunha que *“as penas impostas aos réus não prescreverão em tempo algum”*, destarte, a pretensão executória não estava sujeita à extinção da punibilidade. O fato da presença ou ausência do réu também era fator que influenciava a sua fixação. Os prazos prescricionais da ação nessa época variavam entre um, três, seis e dez anos.

O legislador brasileiro fundamentava o instituto da prescrição na presunção da negligência do Poder Público no exercício de punir o ato delituoso em concreto.

Com o advento da Lei n.^o 261, de 03 de dezembro de 1841 e do

¹⁶ A redução dos prazos prescricionais na Idade Média provocou grande crítica ao Instituto ficando ameaçada a sua existência, por isso, tentando evitar que o instituto desaparecesse resolveu-se por aumentar os prazos prescricionais, tornando mais escasso o uso da prescrição como forma de não - punição do criminoso.

¹⁷ FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição da Ação Penal: suas causas suspensivas e interruptivas*. São Paulo: Saraiva, 1993.

Regulamento n.º 120, de 31 de janeiro de 1842, maior severidade abateu-se sobre a prescrição estabelecendo-se prazo único de 20 anos. No entanto, permaneciam, ainda, hipóteses de crimes imprescritíveis e o requisito da presença do delinqüente para o reconhecimento da prescrição.

Já a prescrição da condenação somente foi instituída em 1890 pelo Decreto 774, dispondo o artigo 71 e 72, *in verbis*:

Art 71 A acção penal extingue-se:
[...]
4º - pela prescrição.

Art. 72 A condenação extingue-se por estas mesmas causas.

Tanto a prescrição da pretensão punitiva como da executória eram subordinadas pelo mesmo prazo, tratando-se os prazos da prescrição com base no tempo da pena.

Com os Códigos Penais de 1890 e 1940 consagraram-se as duas modalidades de prescrição, tanto a da ação como a da condenação. O Código Penal vigente, de 1984, repete tal disposição.

3.2 CONCEITO E FUNDAMENTO

A prescrição é a perda do poder-dever de punir do Estado pelo não exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória durante certo tempo, isto é, o Estado perde o direito de ver satisfeito os dois objetos do processo, o de punir e o de executar a pena incidente sobre o delito praticado. A prescrição no Direito Penal é esta ação extintiva da punibilidade, que exerce o decurso do tempo, quando inerte o poder público na repressão do crime.

Destarte, a prescrição poderia ser vista como uma marcha em direção ou à extinção da punibilidade do agente, ou à pretensão executória do Estado.

Destarte, a prescrição é a perda do direito de punir do Estado tendo em vista o decurso do tempo. A pretensão punitiva do Estado "(...) não pode eternizar-se

como uma espada de Dâmocles pairando sobre a cabeça do indivíduo”,¹⁸ justificando-se assim, a prescrição da ação penal e da pena.

A inércia por parte do Estado significa o seu desinteresse quanto à punição, não podendo o autor do delito ficar ao arbítrio da vontade das autoridades, sendo que a prescrição constitui-se em uma punição à negligência estatal, não sendo justo punir o criminoso quando ausente o interesse.

Portanto, não se pode admitir que alguém fique eternamente sob ameaça de uma ação penal, ou sujeito indefinidamente a seus efeitos, antes de ser proferida a sentença final. Seria um infundável vexame a situação de ser, o imputado, eternamente suspeito, acarretando-lhe diversos prejuízos mesmo antes de qualquer decisão do Judiciário quanto ao fato.¹⁹

Há diversas teorias e justificativas que visam fundamentar a existência e razão de ser da prescrição penal. E do estudo das inúmeras correntes, observa-se que uma parte da doutrina apóia a necessidade da existência da prescrição penal em argumentos de cunho processual, basicamente fundados 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 esgotar a possibilidade de estabelecer-se em juízo de certeza suficiente para a condenação.

O tempo, que tudo apaga, não pode deixar de influir no terreno repressivo. O tempo, portanto, exerce importante influência sobre as provas necessárias para uma condenação, conforme infere Teles, testemunhas se esquecem, outras morrem, documentos desaparecem, o transcorrer do tempo vai apagando os vestígios do crime, prejudicando a apuração da verdade, o que vai causar grandes dificuldades para a formação do convencimento do julgador.²⁰

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 exigindo para a condenação.

Porém, inquestionáveis são também as críticas dirigidas à denominada teoria da dispersão da prova, ao definirem ser esta insuficiente para justificar tanto a

¹⁸ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*, vol I, 8.ª ed. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 712.

¹⁹ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. vol. 1. 36.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 360.

²⁰ TELES, Ney Moura. *Direito Penal: Parte Geral*, vol. 2. São Paulo: Atlas, 1998. p. 245.

prescrição da execução da pena quanto à existência de prazos diversos 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, se o esmaecer das provas fosse o único fundamento da prescrição penal, estes deveriam ser iguais para todos os crimes, pois este processo natural independe da gravidade do fato.

Portanto, muito embora não seja desprezível a sustentação da prescrição penal sob enfoque processual, igualmente não é definitiva esta forma de argumentação. Passa-se, então, a examinar as concepções denominadas sub substanciais ou materiais.

Dentre as inúmeras teorias destinadas a explicar os fundamentos do instituto em questão, tem-se a teoria do esquecimento dos fatos criminosos com o passar do tempo, desaparecendo o alarme social.

Assim, em decorrência desse esquecimento não haveria mais interesse de punir, pois o tempo faz com que a sociedade esqueça paulatinamente o crime e não mais se recorde do delito.²¹

Outra característica relativa ao esquecimento é que o desaparecimento da necessidade do exemplo ao meio social e a punição muito tempo após o delito poderiam inspirar até mesmo um sentimento de piedade da sociedade para com o delinqüente.

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. Não há, entretanto, consideração de ordem preventivo-especial que é nota da sanção penal, seja ela pena *stricto sensu* ou medida de segurança.

O argumento da teoria da expiação moral ou teoria do arrependimento reside na presunção de que o culpado, transcorrido algum tempo, expia a culpa que sobre ele recai, através das angústias e remorsos sofridos. Todavia, a crítica que se faz é que a pena não se compensa pelo sofrimento moral, além de não ter ela mero

²¹ Segundo FERRARI (1998, p. 26), “O tempo faz a sociedade esquecer o alarme social e duvidar da necessidade e do interesse de punir do Estado. Tal necessidade de punir enquadra-se em um contexto de carência da punibilidade do ilícito típico. Caso verificada a não-carência de punição, desaconselhável será a aplicação da sanção”.

“Na Áustria, o processo, com o passar dos anos, torna o prazo prescricional atenuado, ou seja,

fim aflitivo.

Através teoria da emenda, de caráter positivista, desaparece a necessidade da punição pela presunção da correção criminoso que não reincide após superado determinado lapso temporal. Falha esta teoria ao identificar na pena somente o papel ressocializador.

Segundo a teoria da emenda, a sanção perderia sua finalidade quando o autor do delito não reincide no crime e se readapta à vida na sociedade, sendo que o transcurso do tempo, sem reiteração criminosa, faz desaparecer a razão de se punir a infração cometida (o acusado em liberdade pode, por sua atitude de vida ou conduta social reintegrar-se à sociedade, gozando de respeito e simpatia da mesma). A prática de um novo delito pelo condenado demonstraria não ter ele se emendado, enquanto que se cometido um crime não se seguir a ocorrência de outro presumir-se-ia a correção do delinqüente. Tal preceito fica evidenciado no disposto no artigo 117, inciso VI, do Código Penal, que prevê a interrupção da prescrição da pretensão executória pela reincidência.

Ainda, 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. Novamente insiste-se na atribuição, à punibilidade, de um papel restrito à modificação da personalidade do agente.

Por fim, a teoria do interesse diminuído sobre o desaparecimento do interesse estatal no decurso do tempo; e, a teoria da extinção dos efeitos antijurídicos, pela qual a passagem do tempo empobreceria o significado antijurídico da conduta.

A imposição da pena a um criminoso deve corresponder ao sentimento coletivo. No entanto, o decurso do tempo pode apagar o sentimento de punição, renunciando o Estado à imposição e execução de penas por parte do Poder Judiciário, visto que essa renúncia também se justifica no sentimento popular.

Ambas teorias são suscetíveis de críticas. A primeira não explica o motivo pelo qual o decurso do tempo causa o desinteresse estatal na punição; a outra colide com a concepção de que a conduta é ilícita frente a todo o ordenamento jurídico, de maneira que não poderia afirmar estar empobrecida ou vazia sua

antijuridicidade e admitir que esteja o ato ilícito a gerar efeitos em outras áreas do direito, por exemplo, a reparação de danos, em esfera cível.

Observa-se que todas as formulações são passíveis de críticas, mostrando-se insuficientes. Porém, conclui-se que a insuficiência das teorias surge a partir das finalidades da pena, de modo que os verdadeiros fundamentos do fato de atuar ou existir a prescrição penal somente podem ser estabelecidas associando-se o instituto aos fundamentos da pena.

Destarte, o fundamento da prescrição distingue-se de acordo com o posicionamento que assumir o autor quanto à "teoria da pena", ou seja, sobre seu conceito de direito penal.²²

Figueiredo Dias acrescenta que "a limitação temporal da perseguibilidade do facto ou da execução da sanção liga-se a exigências político-criminais, claramente ancoradas na teoria das finalidades das sanções criminais e correspondentes, além do mais, à consciência jurídica da comunidade".²³

3.3 IMPRESCRITIBILIDADE

A maioria das legislações penais é contra a ocorrência de crimes imprescritíveis. No ordenamento jurídico penal brasileiro a prescritibilidade é a regra.

Originariamente, o Código Penal Brasileiro de 1890 não admitia a existência de crimes imprescritíveis, contudo, leis posteriores vieram a criar a imprescritibilidade para os crimes políticos e para os crimes de moeda falsa quando o réu fosse domiciliado no estrangeiro ou exilado no estrangeiro.

O Código Penal de 1940 retomou a orientação do Código Penal de 1890, considerando que todos os crimes nele regulados estavam sujeitos à prescrição.

A reforma do Código Penal de 1984 também se fixou na orientação da prescrição de todos os crimes.

Entretanto, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5.º, criou dois casos em que as pretensões punitiva e executória não são atingidas pela prescrição,

²² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*. 4.ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 752.

²³ DIAS, Figueiredo *apud* ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*. 4.ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 752.

são eles os previstos nos incisos XLII e XLIV, quais sejam, respectivamente, a prática do racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, definidos pela Lei n.º 7.716/89 e a Lei de Segurança Nacional.

Nessas hipóteses, o decurso do tempo não exerce qualquer influência no direito estatal de punir o infrator da norma penal.

3.4 EFEITOS DA PRESCRIÇÃO

A prescrição extingue a possibilidade jurídica da aplicação da sanção pelo decurso do tempo.

Extingue a pretensão punitiva²⁴ ou executória²⁵ mas não atinge a tipicidade e a antijuridicidade do fato delituoso, bem como não exclui o juízo de culpabilidade que se fazem relação ao autor.

A extinção da punibilidade não apaga a infração penal, mas, nos dizeres de PORTO a prescrição pelo máximo da pena cominado em abstrato é equiparada, em suas conseqüências penais, à declaração de inocência do autor do delito.

O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva tem como principais efeitos:

- a) impede a instauração do Inquérito policial, o recebimento da denúncia ou a queixa;
- b) desobriga o réu do pagamento das custas processuais;
- c) devolução do valor prestado a título de fiança;
- d) não há possibilidade de ser o acusado processado pelo mesmo fato;
- e) não impede o ofendido de promover ação civil para obter reparação de eventuais danos.

²⁴ A consumação da prescrição da pretensão punitiva ocasiona a rescisão de eventual sentença condenatória prolatada, apagando totalmente seus efeitos, passando esta a ser tida como se não existisse e apondo-se à própria absolvição desejada que é um *minus* em relação a ela (TACRSP: RJDTACRIM 20/139).

²⁵ O reconhecimento da prescrição não desfigura a ilicitude do fato, extinguindo apenas, o direito do Estado de puni-lo. (STF: RTJ 124/998).

A prescrição da pretensão executória traz como efeitos:

- a) impede a execução da pena ou medida de segurança;
- b) perduram os efeitos secundários da condenação (lançamento do nome no rol dos culpados, pagamento de custas, reincidência, etc.);
- c) a sentença condenatória pode ser executada perante o juízo cível para fins de reparação de danos.

Assim, não se confundem os efeitos da prescrição da pretensão punitiva com os da prescrição da pretensão executória, conforme se verifica na seguinte decisão:

Inconfundíveis os efeitos da prescrição da ação penal dos da condenação. No primeiro caso, forrar-se-á o sentenciado de todo e qualquer efeito da sentença condenatória já lavrada e não transitada em julgado, tornando-se a mesma inexistente. No segundo, livrar-se-á o sentenciado tão-somente do cumprimento da pena imposta, continuando na condição de condenado (TACRSP: JTACRIM 17/510).

3.5 NATUREZA JURÍDICA

Questão importante refere-se à natureza jurídica da prescrição, objeto de grandes controvérsias na doutrina. A natureza jurídica da prescrição é representada por três teorias distintas.

Uns a consideram instituto de Direito Penal, de direito material, extinguindo o poder-dever de punir do Estado, ou seja, existe a perda do interesse na punição, porque com o decurso do tempo, desaparecem as razões que justificam a pena.

Outros aduzem ter a prescrição natureza de cunho de Direito Processual Penal, pois constitui um obstáculo ao início ou término da persecução criminal.

Há, ainda, os que a atribuem um caráter misto, constituindo-se em um instituto que ao mesmo tempo é de direito penal de direito processual penal.

A corrente dominante a considera como de Direito Penal, embora haja conseqüências imediatas de Direito Processual Penal. As conseqüências processuais da prescrição são decorrentes da extinção do poder punitivo do Estado

no caso concreto. Nesse sentido tem se o entendimento de Damásio Evangelista de Jesus, Antonio Rodrigues Porto, Andrei Zenkner Schmidt, Julio Fabbrini Mirabete, dentre outros.

Segundo se preceitua, para o ordenamento jurídico brasileiro a prescrição é um instituto de direito material, regulado pelo Código Penal, inserindo-se, assim, em sua contagem, o dia do seu início.

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.²⁶

Nos dizeres do Prof. Fábio André Guaragni:

“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 jurídicos-materiais como definitivos, findam por optar pela natureza jurídica substancial. Da mesma forma, ZAFFARONI deixa de incorrer no erro, ao fundamentar juridico-materialmente a prescrição antes do trânsito em julgado, conferindo-lhe todavia natureza jurídico-processual, qualificando-a como causa de “impedimento de perseguibilidade do crime”.²⁷

A natureza jurídica de qualquer instituto se define pelo campo onde serão produzidos seus efeitos, sendo que a irradiação destes não se conecta, obrigatoriamente, aos fundamentos em que está alicerçado.

Assim, 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.

Parece haver um equívoco na adoção de uma teoria mista com base no fato

²⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*. 4.ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 754.

²⁷ GUARAGNI, Fábio André. *Prescrição Penal e Impunidade: crítica ao sistema penal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 49-50.

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. Pois, antes do trânsito em julgado encerra-se, também, a possibilidade de exercer o direito de punir (in concreto), pela perda do interesse estatal, como – após o trânsito em julgado – obsta-se a execução da pena, que possui conotação processual.

Importante, ainda, dispor que a prescrição é matéria de ordem pública, e, portanto, deve ser decretada de ofício pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer interessado, seja qual for a fase do processo (artigo 61, Código de Processo Penal).

Esse instituto constitui matéria que deve ser tratada em preliminar de mérito, desta forma, ocorrida a prescrição, não poderá o juiz enfrentar o mérito da causa, devendo julgar extinta a punibilidade em qualquer fase em que se encontre o processo.

3.6 ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO

Prevê o artigo 107, IV, do Código Penal, duas espécies de prescrição que podem ser denominadas de prescrição da pretensão punitiva, disposta no artigo 109, Código Penal e prescrição da pretensão executória, disposta no artigo 110, *caput*, Código Penal.

Entretanto, as duas espécies de prescrição acima disposta podem ocorrer de quatro formas diferentes, verificando-se assim:

- a prescrição da pretensão punitiva, do artigo 109, do Código Penal;
- a prescrição subsequente, superveniente ou intertemporal à sentença condenatória prevista no artigo 110, §1º, c/c artigo 109, do Código Penal, antes do trânsito em julgado da sentença final;
- a prescrição retroativa, contida no artigo 110, §§ 1º e 2º, c/c artigo 109, do Código Penal;
- a prescrição da pretensão executória disposta no artigo 110, *caput*, do Código Penal, com trânsito em julgado da sentença final condenatória; e
- prescrição antecipada, em perspectiva ou retroativa reconhecida

antecipadamente.

Nesse item analisaremos de forma sucinta a prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, a prescrição superveniente e a prescrição da pretensão executória. Para uma análise mais profunda da prescrição retroativa, bem como da prescrição antecipada, será dedicado um capítulo a parte.

3.6.1 Prescrição da Pretensão Punitiva

Constitui o lapso temporal da consumação do delito até a sentença final sem efetivo exercício do poder-dever de punir do Estado.

A ação penal, promovida em regra pelo Estado, com vistas na obtenção da condenação deve ser iniciada e concluída num determinado espaço de tempo. Se assim não for, será o direito de punir do Estado atingido pela prescrição da pretensão punitiva, extinguindo-se, deste modo, o poder-dever de punir do Estado.

Quando da prescrição da pretensão punitiva, impropriamente denominada “prescrição da ação”, a passagem do tempo sem o seu exercício faz com que o Estado perca o poder-dever de punir, no que tange à pretensão (punitiva) de o Poder Judiciário apreciar a lide surgida com a prática da infração penal e aplicar a sanção respectiva.²⁸

O reconhecimento desta modalidade de prescrição impede o início da ação penal ou interrompe a mesma quando já está em andamento.

A prescrição da pretensão punitiva só ocorre, portanto, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Conforme disposição do artigo 61, do Código de Processo Penal, pode ser declarada em qualquer fase do Inquérito Policial ou da Ação Penal, seja de ofício ou a requerimento das partes, em grau de *habeas corpus*, apelação, recurso em sentido estrito, embargos de declaração, embargos infringentes, revisão e agravo em execução.²⁹

²⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. *Prescrição Penal*, 16.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 27.

²⁹ Nesse sentido é o entendimento dos nossos Tribunais: “A prescrição constitui matéria de ordem pública, cumprindo ao julgador declará-la, até mesmo de ofício, em qualquer fase do processo” (TACRSP: RJDTACRIM 26/250).

É irrenunciável e uma vez esgotada a sua jurisdição o juiz não pode mais reconhecê-la, mas, quando reconhecida, o juiz decreta a extinção da punibilidade e não julga o mérito da causa.

Assim, uma vez ocorrida a prescrição, não cabe exame de mérito, impedindo, portanto, a absolvição ou condenação do réu, tanto em primeira quanto em segunda instância.³⁰ Os prazos prescricionais da pretensão punitiva são estabelecidos no artigo 109, *caput*, do Código Penal e variam conforme a pena máxima em abstrato cominada no tipo legal, com desprezo da pena de multa, seja ela cumulativa ou alternativamente cominada, não se distinguindo entre as penas restritivas de direitos ou privativas de liberdade, conforme dispõe o artigo 109, parágrafo único, do Código Penal.

O cálculo da prescrição da pretensão punitiva dar-se-á com base no grau máximo da pena cominada a cada tipo, denominado-se, assim, também de prescrição abstrata por ser regulada pela pena máxima em abstrato do delito em tese e não pela pena aplicada no caso concreto, porquanto ainda não há uma pena concreta.

O prazo é computado incluindo-se o dia do começo, mesmo que fração do dia, durante o lapso previsto em lei de acordo com a pena abstrata até as 24 horas do dia anterior do cometimento do delito, do ano fixado em lei.

Considerando os crimes de competência do juízo singular, a prescrição da pretensão punitiva pode ocorrer entre a data da consumação do crime e do recebimento da denúncia ou queixa. Surge também entre a data do recebimento da denúncia ou queixa e a da publicação da sentença final.

Em relação aos crimes de competência do Tribunal do Júri, os prazos prescricionais computam-se entre a data do fato e do recebimento da denúncia; entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da pronúncia; a data da pronúncia e sua confirmação; e entre a data da pronúncia ou sua confirmação e sentença final. Havendo desclassificação do crime, o prazo final será regulado pela pena máxima cominada à infração para qual foi desclassificada, se ocorrida a

³⁰ Nesse sentido, segue decisão: "Transcorrido entre o recebimento da denúncia e a sentença lapso de tempo suficiente para operar a prescrição, tendo em vista a pena em abstrato cominada ao crime pelo qual o réu foi condenado, declara-se, de ofício, a extinção da pretensão punitiva do Estado, ficando prejudicado o reexame do mérito" (TARS:JTAERGS 68/124).

prescrição o juiz poderá declará-la de ofício.

Quanto aos termos iniciais, em conformidade com o artigo 111, do Código Penal, iniciam-se no dia em que o crime se efetivou, para os crimes materiais comissivos e omissivos, nos crimes preterdolosos e nos crimes de resultado. Nos crimes permanentes, da data da cessação do comportamento delituoso. Nos crimes de mera conduta, inicia-se na data do comportamento. No crime habitual, da data do último ato delituoso. No crime continuado, da data da realização de cada crime, considerado individualmente; e no crime condicionado, da data em que se verificar a condição³¹. No caso de tentativa, do dia em que cessou o comportamento delituoso, ou seja, do último ato executório.

Com relação à aplicação, as causas de aumento alteram o prazo prescricional. Incidindo causa de aumento de pena de quantidade variável considera-se a que mais agrava. Se de diminuição da pena a que menos diminui.

Nos casos de tentativa a pena será reduzida de 1/3 (artigo 14, parágrafo único, Código Penal). Este 1/3 é o mínimo permitido, pois essa diminuição mínima constitui o máximo da pena cominada para a tentativa.

Exceção se faz nos casos de concurso formal e do crime continuado (artigo 70 e 71, ambos do Código Penal), no sentido de não tornar mais gravosa a sanção do que a estabelecida no concurso material.

Existindo circunstâncias legais genéricas, sejam agravantes ou atenuantes (artigo 61 e 62: artigo 65, todos do Código Penal) não influem na fixação do prazo prescricional.

Excetuam-se a menoridade relativa (18-21 anos) e a maioridade senil (maior de 70 anos), casos em que o prazo prescricional reduz-se pela metade (artigo 115, do Código Penal), exigindo-se comprovação através do registro de nascimento ou documento equivalente, como a cédula de identidade, ainda que não haja contestação pela acusação.

Pelo disposto no artigo 119, do Código Penal, tratando-se de concurso

³¹ Ensina Teles, (1998, p.248), que o primeiro termo em que se começa a correr o prazo prescricional é o termo da data da consumação do crime, que nem sempre coincide com a data do crime. Sabe-se, conforme disposto no artigo 4.º, do Código Penal que o crime é praticado no momento da ação ou omissão, ainda que seja outro o momento do resultado. A consumação ocorre quando o fato se ajusta por completo, integralmente, ao tipo.

material (artigo 69, do Código Penal), concurso formal (artigo 70, do Código Penal) e crime continuado (artigo 71, do Código Penal) cada delito tem seu prazo prescricional próprio, não se relacionando entre si. A prescrição vai operar em relação a cada uma das infrações, isoladamente, com base no máximo da pena cominada para cada um dos crimes separadamente. Não se somam as penas dos crimes, no concurso material, nem se levam em conta os acréscimos decorrentes do concurso formal e da continuidade delitiva.

Nos crimes complexos a prescrição da pretensão punitiva referente ao crime que funcionar como elemento típico de outro ou circunstância qualificadora, não se estende a estes, prevalecendo o prazo prescricional referente ao crime mais grave.

Nos crimes conexos, há Incomunicabilidade do prazo prescricional (artigo 108, segunda parte, do Código Penal). Se houver conexão material de crimes, objeto do mesmo processo, a interrupção da prescrição relativa a um deles estende-se aos demais. Se uma das infrações for contravenção, incide o previsto no artigo 117, §1.º segunda parte, do Código Penal. Quando a conexão qualificar um crime, a prescrição da infração que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante não se estende a este (artigo 108 do Código Penal).

Em relação à pena de multa, de acordo com o artigo 114, do Código Penal, com redação dada pela Lei n.º 9.268/196, prescreve em dois anos, quando for a única aplicada, com privativa de liberdade se aplicada alternativamente e com a mais grave se aplicada cumulativamente.

Concernente às causas suspensivas o prazo prescricional não tem curso durante certo período até que cesse a causa que deu origem à suspensão da contagem, recomeçando a correr quando do seu término, isto é, aproveitando-se o prazo já decorrido anteriormente.

As causas da suspensão ou causas impeditivas da prescrição estão previstas taxativamente no artigo 116 do Código Penal.

São suspensivas as causas que determinam que o prazo prescricional não tenha curso durante certo período. Ocorre como que em um intervalo de tempo, iniciando-se com a causa suspensiva e interrompendo-se quando cessa o efeito da causa suspensiva. Depois de cessado o efeito, o prazo prescricional retoma seu curso, aproveitando o período temporal anteriormente verificado.

Ainda, o surgimento de determinados eventos deve impedir o decurso do

prazo da prescrição, notadamente aqueles que impossibilitam a instauração ou a possibilidade de que o procedimento componente do processo possa ser realizado. Constitui-se em obstáculos, sendo que uma vez superados ensejam a continuidade da contagem do prazo prescricional do ponto em que havia parado.

Em relação às questões prejudiciais, ou seja, aquelas cuja resolução é ponto imprescindível para o reconhecimento ou não do crime, objeto do processo criminal artigo 116, I, do Código Penal, sejam obrigatórias (artigo 92, do Código Penal) ou facultativas (artigo 93, do Código Penal), se a decisão sobre a existência da infração depender de solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, ocorre a suspensão.

O cumprimento da pena pelo agente no estrangeiro (artigo 116, II, do Código Penal) suspende o prazo prescricional por não caber extradição, assim, não seria justo com a sociedade que corresse o prazo prescricional. Contudo, se cumprir pena por outro motivo no Brasil, não há suspensão.

Não obstante o artigo 116, do Código Penal, ser taxativo, prevê a Constituição Federal em seu artigo 53, § 5.º, causa de suspensão do prazo prescricional, bem como a Lei n.º 9.099/95, nos casos em que ocorra a suspensão condicional do processo (artigo 89, § 5.º).

A Lei n.º 9.271/96 alterou a redação do artigo 366, do Código de Processo Penal, estabelecendo a suspensão do prazo prescricional quando o réu for citado por edital e não comparecer e nem constituir advogado; nesta hipótese o tempo máximo de suspensão é o regulado pela pena prevista em abstrato, portanto, implementado este prazo, a suspensão cessa e o prazo prescricional é retomado, considerando-se o lapso anteriormente decorrido.

Em relação às causas interruptivas, dispostas no artigo 117, do Código Penal, o prazo pára temporariamente o seu curso até a cessação da causa que lhe deu origem, voltando a correr do início, ou seja, sem aproveitamento do já decorrido anteriormente.

Sempre que o Estado realiza atos inequívocos, dentro do limite temporal estabelecido em lei, os quais visam afirmar que ele deseja punir, ou que pretende impor pena ao indivíduo, interrompe-se o prazo prescricional.

São causas interruptivas da prescrição elencadas taxativamente no artigo 117 do Código Penal:

- a) o recebimento da denúncia ou queixa (artigo 117, I, Código Penal);
- b) a pronúncia e decisão confirmatória da pronúncia (artigo 117, II e III, do Código Penal);
- c) a sentença condenatória recorrível (artigo 117, IV, CP), ainda que parcialmente retomada pelo tribunal, se anulada não produz efeito interruptivo;
- d) o início ou continuação do cumprimento da pena (artigo, 117, V, do Código Penal); e,
- e) a reincidência.

Os quatro primeiros incisos do artigo citado referem-se interrupção da prescrição da pretensão punitiva, ao passo que os dois seguintes referem-se a interrupção da pretensão executória.

Em concurso de agentes, a causa interruptiva se comunica, exceto em caso de reincidência ou continuação do cumprimento da pena.

Com o advento da Lei de Execuções Penais, em seu artigo 160, não há mais lugar à interrupção do prazo prescricional da pretensão punitiva, em que durante a apelação, encontrava-se o réu em período de prova, ou seja, em *sursis*.

O reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva tem como efeito a extinção da punibilidade, conforme dispõe o artigo 107,IV, do Código Penal.

O Estado, por sua inércia, perde o direito de invocar o Poder Judiciário para que seja aplicado o direito penal objetivo no caso concreto, extinguindo-se, por conseguinte, a possibilidade de cominação de uma sanção penal ao caso concreto. Não há mais nenhuma responsabilidade a ser exigida do acusado, sem deixar marca em seus antecedentes, sem gerar futura reincidência, não respondendo o acusado nem mesmo pelas custas do processo e por possíveis danos, salvo discussão no cível, em via ordinária.

Declarada a extinção da punibilidade, o juiz deve ordenar o encerramento do processo, arquivando-se a ação penal.

Havendo sentença condenatória proferida, ela deixa de existir, eliminando todos os seus efeitos.

3.6.2 Prescrição Subseqüente, Intercorrente ou Superveniente

Em regra, é o máximo da pena privativa de liberdade, em abstrato, que determina a fixação do período prescricional da pretensão punitiva, mas, excepcionalmente, a prescrição será regulada pelo máximo da pena imposta na sentença condenatória.

Nesse sentido temos o artigo 109, caput, do Código Penal, disciplinando a prescrição da pretensão punitiva, determina que a contagem do prazo é regulada pelo máximo da pena detentiva, salvo o disposto no art. 110, §1.º. Desta forma, em regra a prescrição da pretensão punitiva (da ação) é regulada pelo máximo da pena detentiva, há contudo exceção: a prevista no art 110, §1.º, do mesmo diploma repressivo.

Assim, aplicada a pena e não havendo recurso da acusação, a sanção privativa de liberdade não pode ser elevada, devendo por isso ser ela a base para o cálculo da prescrição ainda antes do trânsito em julgado da decisão para a defesa.

A prescrição superveniente constitui, portanto, forma de prescrição da pretensão punitiva e vem prevista no artigo 110, §1.º, do Código Penal, *in verbis*:

Art. 110 (...)

§ 1.º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada³².

O dispositivo acima transcrito teve origem na Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal. Sua ocorrência se dá após a sentença condenatória e antes do trânsito em julgado para a defesa.

Exceção se faz ao *quantum* prescricional, que se regula pela pena em concreto, atribuído à sentença e não mais pela pena abstrata prevista em lei.

Vale esclarecer que apesar de transitada em julgado para a acusação a sentença ainda não se tornou definitiva, pois ainda não transitou em julgado para a

³² A expressão sentença condenatória, utilizada no texto do parágrafo, refere-se tanto à sentença propriamente dita quanto a um acórdão, ou seja, é empregada no sentido de decisão que impõe condenação.

defesa.

Pode ocorrer em quatro momentos diferentes:

a) escoando-se o prazo prescricional sem a intimação do réu quanto a sentença condenatória;

b) intimado, o réu apela, mas a decisão do tribunal é prolatada em tempo superior ao prazo prescricional;

c) o tribunal, pouco antes de findar o prazo prescricional julga o recurso, entretanto, o acórdão confirmatório da condenação não é unânime e os embargos contra ele opostos só vão a julgamento após transcorrido o prazo; ou ainda,

d) o tribunal nega provimento à apelação do réu antes de transcorrer o prazo prescricional, mas é interposto recurso especial o/ou extraordinário e antes do julgamento de qualquer deles decorre o lapso prescricional.

Ocorre também quando improvido o recurso da acusação para aumento de pena ou se provido não importe em agravamento da pena ou ainda se agravada, este não influa no cômputo do prazo prescricional.

Sendo imposta a pena privativa de liberdade, regular-se-á a prescrição de acordo com os prazos assinalados nos incisos I a IV do artigo 109, do Código Penal, pela pena imposta em concreto fixada na sentença.

Tratando-se de pena restritiva de direitos observar-se-á os mesmos prazos, entretanto, se for multa a pena unicamente cominada, não se aplica o §1º, do artigo 110, do Código Penal, incidindo o art. 109 c/c 114 e 117, IV do CP, o prazo prescricional sempre será de 02 (dois) anos e ocorrendo a interrupção pela sentença condenatória recorrível o biênio recomeçará a ser contado.

Tais prazos sujeitam-se a redução pela menoridade relativa e maioridade senil (artigo 115 do Código Penal), não sendo acrescidos por reincidência.

Em casos de concurso do crime continuado a prescrição regular-se-á pela pena imposta a cada um deles isoladamente.

Constitui termo inicial desta espécie prescricional da data em que a sentença for entregue em cartório pelo juiz e o marco final ocorre com o trânsito em julgado para ambas as partes.

Se na sentença houver concessão do perdão judicial, não recorrendo a acusação, pode ocorrer a prescrição superveniente, computando-se o prazo a partir da publicação.

Se o tribunal não conhecer da revisão criminal, restabelecendo prazo para a apelação do réu, aplica-se o artigo 110, §1.º, do Código Penal, contando-se o prazo da data da publicação da sentença condenatória.

Absolvido o réu em primeiro grau e condenado no Tribunal, o prazo contar-se-á a partir da data do acórdão proferido em sessão, desde que não haja trânsito em julgado.

Havendo concurso formal pode ser aplicado o §1.º do artigo 110 ao acréscimo da pena, pois caso contrário seria mais gravoso que o concurso material. Entretanto, tal disposição não pode ser aplicada pelo juiz de primeiro grau, vez que a sua jurisdição exauriu-se com a prolação da sentença.

Em síntese, a partir da data da publicação da sentença começa a correr o prazo da prescrição superveniente, que só se concretizará se antes de decorrido, a sentença transitar em julgado para a acusação. Essa é a chamada prescrição intercorrente da pretensão punitiva, porque ocorre depois da sentença de primeiro grau, mas, antes do seu trânsito em julgado para o acusado, transitada apenas para a acusação.

Embora esta modalidade esteja elencada em parágrafo do artigo 110, do Código Penal, que trata da prescrição da pretensão executória, essa prescrição refere-se à prescrição da pretensão punitiva e, portanto, quando reconhecida, apaga todos os efeitos da prática do crime. O acusado não é responsabilizado pelo crime, seu nome não é inscrito no rol dos culpados nem há geração de futura reincidência, não responde pelas custas processuais e dano resultante do crime só lhe poderá ser cobrado pela via ordinária no cível.

Ilustrando o exposto pode-se verificar as seguintes decisões:

Tratando-se de prescrição superveniente à sentença condenatória, seu reconhecimento alcança e rescinde não só a decisão, mas também toda ação penal, retornando à condição de primário, excluindo-se seu nome do rol de culpados. (STF: RT 644/377).

Nos termos do artigo 110 (Lei 7.209/84), a prescrição depois da sentença condenatória, com trânsito em julgado para a acusação, regula-se pela pena aplicada, alcançando a pretensão punitiva do Estado, em face da impossibilidade de ser alterada aquela em prejuízo da defesa. (STF: RTJ 117/259).

3.6.3 Prescrição da Pretensão Executória

Transitada em julgado a decisão condenatória, não mais cabendo qualquer recurso, para qualquer das partes, forma-se o título executivo, com o qual o Estado pode impor ao condenado o cumprimento de uma pena.

Quando a sentença condenatória torna-se irrevogável, ocorre a coisa julgada. A prescrição relativa a essa nova fase era denominada pela legislação anterior ao Código de 1940 de 'prescrição da condenação'. O Código Penal de 1969, que não chegou a entrar em vigor chamava-a de 'prescrição da pena'. Atualmente a expressão mais utilizada é a da 'prescrição executória'.

Com o trânsito em julgado da sentença condenatória o direito de punir de Estado se transforma em *jus executionis*.

Pelo decurso do tempo o Estado perde este poder-dever, ou seja, o poder de executar a sanção penal imposta. O dever de executar a sanção no prazo estabelecido é irrenunciável.

Nesta modalidade de prescrição, a condenação já se tornou definitiva para ambas as partes, ainda que um dos seus termos iniciais seja o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação; o outro, a revogação do *sursis* ou o livramento condicional; e, finalmente, o dia em que se interrompe a execução da pena. Excepcionam-se os casos de superveniência de doença mental e/ou internação em hospital, casos em que o tempo da interrupção deve ser computado.

O prazo regula-se pela pena imposta na sentença transitada em julgado.

Na pena imposta não se desconsideram eventuais causas de agravamento ou de aumento eventualmente reconhecidas, salvo os casos do artigo 70 e 71 do Código Penal.

Havendo substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, aquela é que comanda o lapso prescricional da pretensão executória.

No caso da evasão ou revogação do livramento condicional, a prescrição regula-se pelo tempo que ainda restar da pena.

Havendo reincidência, o prazo prescricional executório acresce-se em 1/3 (um terço). Este aumento pressupõe que a sentença condenatória tenha reconhecido a reincidência. O tipo da pena não influi no reconhecimento da reincidência.

Nos concursos de crimes e nos continuados a prescrição executória opera da mesma forma que na prescrição punitiva.

Concernente à multa, o artigo 51, do Código Penal, foi alterado pela Lei n.º 9.268/96, em que se tem que o valor da pena de multa deve ser inscrito como dívida ativa em favor da Fazenda Pública, de modo que não existe mais prescrição da pretensão executória no tocante a multa.

À prescrição executória também se aplica o disposto quanto a menoridade relativa e a maioridade senil, reduzindo-se o prazo pela metade.

Sendo circunstância de caráter pessoal é incomunicável no caso de concurso de agentes.

Suspende-se a prescrição durante o tempo em que o condenado estiver preso por outro motivo que não seja o cumprimento de pena no estrangeiro, como prisão preventiva, em flagrante, em decorrência de pronúncia ou sentença condenatória penal, excetuadas as prisões de natureza civil.

As causas interruptivas também previstas no artigo 117, V e VI, do Código Penal, ocorrem quando do início ou continuação do cumprimento da pena e pela reincidência. Se o condenado vier a fugir, na data da fuga tem início novo prazo prescricional regulado pelo restante da pena (artigo 112, II, primeira parte, e artigo 113, do Código Penal). Recapturado o fugitivo, novamente se interrompe o prazo.

Perde-se o efeito interruptivo no caso de anulação de certidão de trânsito em julgado da sentença condenatória, na data da prática do novo delito interrompe-se o prazo prescricional.

O efeito interruptivo não fica condicionado ao trânsito em julgado da sentença condenatória do novo, mas sim ao reconhecimento deste. Se absolvido o réu, desaparece a reincidência e, conseqüentemente, o efeito interruptivo incidente sobre o primeiro delito.

No concurso de pessoas comunicam-se as causas interruptivas da prescrição, exceto na reincidência e no início ou continuação do cumprimento da pena.

Nos delitos conexos, quando objetos do mesmo processo, há comunicação das causas interruptivas relativas a qualquer deles (artigo 117, §1.º, segunda parte, do Código Penal).

Quanto aos efeitos da prescrição da pretensão executória, impede-se que

haja a execução das penas e da medida de segurança, subsistindo as conseqüências de ordem secundárias da sentença condenatória, como lançamento do nome do réu no rol dos culpados, pagamentos das custas e reincidência.

A sentença condenatória pode ser executada no cível para reparação do dano (artigo 63, do Código de Processo Penal).

Se houve, pagamento de fiança, seu valor fica sujeito ao pagamento das custas e reparação do dano (artigo 336, parágrafo único, CPP). Tratando-se de extradição, esta é inexecutável.

4. DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA

4.1 ORIGEM, EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E CONCEITO

A prescrição retroativa é uma das modalidades da prescrição da pretensão punitiva nos moldes do Código Penal de 1984.

Regula-se tal modalidade pela possibilidade de a pena, já concretizada através da sentença, poder regular prazo prescricional anterior à data da sua publicação, fato este que sempre foi originário de discussões e divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Tem por fundamento o princípio da pena justa e verifica-se que já na vigência do Decreto n. 4.780, de 27-12-1923, divergiam os estudiosos a respeito da retroatividade da pena imposta na sentença condenatória no sentido de permitir a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva (da ação). Veja-se, por exemplo, o HC 28.638, em que o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, concedeu a ordem admitindo o efeito retroativo da pena concreta no que tange à contagem do prazo prescricional anterior à sentença condenatória.³³

O instituto teve sua origem em 1964 com a edição da Súmula 146 pelo Supremo Tribunal Federal, fato que foi antecedido por grande diversidade e mudanças de posicionamento quanto à matéria conforme explicita Noronha:³⁴

A súmula em questão passou por várias e pequenas variações (aplicava-se ou não ao período anterior à denúncia, aplicava-se ou não havendo recurso acusatório improvido, etc.), ensejando, sempre, profundas e férteis discussões. Para uns, a prescrição da pretensão punitiva somente poderia ter como base o máximo da pena *in abstracto*, não sendo possível qualquer outra interpretação; para outros, a súmula era profundamente justa, pois tinha como base a pena merecida e adequada ao caso e não a possível.

A prescrição retroativa é produto de uma construção pretoriana, conforme assevera Bitencourt³⁵. Com a entrada em vigor do Código Penal de 1940, tendo em vista a redação do seu artigo 110, uma corrente jurisprudencial começou a aplicar

³³ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. 25.^a ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 129-130.

³⁴ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. vol. 1. 36.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 362-363.

³⁵ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*, vol I, 8.^a ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 674.

retroativamente a pena aplicada pela sentença, assim, fixada a pena, o montante seria utilizado para o cálculo da prescrição nas fases antecedentes do processo. Enquanto não houvesse uma sentença condenatória, o prazo para cálculo da prescrição se orientaria pela pena máxima em abstrato atribuída ao tipo em seu preceito secundário, mas depois de fixada a pena, o montante da mesma seria então utilizado para o cálculo da prescrição em fases anteriores à sentença e até mesmo anteriores ao processo.

O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária de 12 de junho de 1946, no julgamento de HC 29.270, por unanimidade de votos, decidiu que a redação do antigo parágrafo único do artigo 110, do então vigente Código Penal, poderia levar à interpretação de que se trataria de uma hipótese de prescrição de pretensão executória, o que em verdade não o era.

No entanto, importante ressaltar a declaração do Ministro Castro Nunes, no sentido de que se o art. 109, depois de assentar o princípio de que a prescrição da ação é a que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença final, a do parágrafo único do art. 110, parece claro que a exceção se refere à prescrição do procedimento penal. A razão do dispositivo legal é óbvia: se pelo recurso do réu não seria possível uma *reformatio in pejus*, a fixação da pena se torna definitiva, retroagindo para beneficiá-lo, como se fosse a pena cominada na lei.

Na evolução do entendimento quanto à prescrição retroativa, no final do ano de 1947, o Supremo Tribunal Federal tomou orientação em sentido contrário, passando a não admitir a retroatividade da prescrição penal, com fim de extinguir a pretensão punitiva, da pena concretizada na sentença.

Nesse contexto, decidiu-se no julgamento do HC 29.922 que a disposição do parágrafo único do antigo artigo 110, do Código Penal, não tinha efeito de reger o prazo anterior a sua publicação e que se tratava da prescrição superveniente à sentença condenatória.

Essa orientação, no sentido de inadmitir a retroatividade prescricional da pena concreta, sustentou-se até 1950.

A partir de 1951 começaram a surgir divergências no Supremo Tribunal Federal quanto à matéria, surgindo duas correntes distintas:

a) Corrente que aceitava efeito retroativo da pena imposta na sentença condenatória com apelação somente do réu: liderada pelo Ministro Nelson Hungria,

o qual argumentava que a pena concretizada, na ausência do recurso do Ministério Público, é a única que, no caso, correspondia *ab initio* o direito de punir por parte do Estado, de modo que a mais elementar Justiça impõe o aproveitamento do tempo decorrido entre a última causa interruptiva e a sentença condenatória. (...) se entre a última causa interruptiva e a sentença condenatória já decorreu tempo suficiente para a prescrição da pena in concreto, a sentença não é causa interruptiva, pois não se interrompe aquilo que já cessou ou que já se consumou.

b) Corrente que não aceitava a retroatividade da pena concretizada na sentença: liderada pelo Ministro Luiz Gallotti que aduzia que a nossa lei é, expressa ao atribuir efeito interruptivo à sentença condenatória recorrível (art 117, IV) e, por igual, rio dizer que, em regra a prescrição interrompida recomeça a correr por inteiro (art. 117, §2.º), ao tornar claro que ficou inutilizado, para tal fim, o prazo que flui anteriormente.

A corrente que predominava nessa época era a do Ministro Luiz Gallotti que não admitia o efeito retroativo da pena concretizada na sentença condenatória recorrível, permanecendo tal posicionamento até o final de 1959.

Em 1959 os entendimentos das duas correntes passaram a ter igualdade de votos sendo que a decisão dependia da composição do Tribunal no momento do julgamento.

Em 1960 houve alteração no quadro de formação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, passando a liderar novamente o entendimento favorável à retroatividade da pena concretizada na sentença.

Finalmente, em 1964 consagrou-se em definitivo a prescrição retroativa com a edição da Súmula 146:

Súmula 146 - A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.

Com a edição da súmula, inicialmente o Supremo Tribunal Federal vinha reconhecendo todas as conseqüências advindas da mesma, quais sejam:

- a) contagem do prazo entre a data do fato e a do recebimento da denúncia;
- b) não exigência de recurso do réu;
- c) aplicação da modalidade da prescrição retroativa em caso de

condenação em segundo grau.

O Código Penal de 1969, que foi revogado antes mesmo de entrar em vigor, seguia a orientação da não retroatividade da pena concretizada pela sentença.

A partir de 1979, iniciou-se um movimento no sentido de restringir a aplicação da prescrição retroativa, exigindo-se alguns requisitos para o seu reconhecimento, quais sejam:

- a) sentença condenatória de primeiro grau;
- b) existência de apelação da defesa somente; e,
- c) contagem do prazo entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória.

Assim, determinou-se que a prescrição retroativa não poderia incidir nos seguintes casos:

- a) existência de apelação pela acusação;
- b) inexistência de recurso da defesa;
- a) prazo entre a data do fato e o do recebimento da denúncia;
- b) absolvição em primeira instância e condenação no Tribunal; e,
- c) pena atenuada em segundo grau.

A reforma ocorrida em 1973, com a Lei n.º 6.016, retomou o sistema da retroatividade em seu § 1.º, do artigo 110.

A Lei n.º 6.456, de 24 de maio de 1977, alterou o regime da prescrição na legislação pátria, passando o artigo 110, do Código Penal, a ter a seguinte redação, *in verbis*:

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

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

§ 2.º 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 ao recebimento da denúncia.

Destarte, ficou consagrada em nosso ordenamento, com tal redação, a

prescrição retroativa, passando a legislação penal brasileira a prever três espécies distintas de prescrição:

a) a prescrição da pretensão punitiva, disposta no artigo 109, do Código Penal;

b) a prescrição da pretensão executória, disposta no artigo 110, do Código Penal; e,

c) prescrição retroativa, constante no § 2.º do artigo 110, do Código Penal.

Finalmente, a reforma penal de 1984, introduzida com a Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984, que deu nova redação à Parte Geral do Código Penal de 1940, passou a reger a prescrição retroativa nos parágrafos 1.º e 2.º do artigo 110, tendo como atual redação, *in verbis*:

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

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

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

Verifica-se, pois, que com a Lei n.º 7.209/34, deu-se a essa espécie de prescrição maior amplitude, determinando-se expressamente, segundo disposição do § 2.º, do artigo 110, do Código Penal, que a prescrição, com base na pena em concreto e atingindo a pretensão punitiva, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou queixa.

A prescrição retroativa diverge da prescrição superveniente do §1.º, do artigo 110, do Código Penal, porque seu prazo não é contado para frente, mas para trás, razão pela qual é denominada de prescrição retroativa. Em que pese essa diferença, essas duas modalidades têm em comum o fato de serem concernentes à pretensão punitiva e se basearem, para o seu cálculo, na pena fixada em concreto na sentença condenatória.

Assim, a atual disposição do Código Penal consagra como espécies de prescrição a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória.

4.2 NATUREZA JURÍDICA

A prescrição retroativa tem natureza de prescrição da pretensão punitiva, ou seja, é modalidade da prescrição da ação. Confirmando tal natureza jurídica, segue decisões:

Dispondo o §1º do art. 110 do CP, na sua atual redação, que 'a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido o seu recurso, regula-se pela pena aplicada', tem-se – ante a alteração da jurisprudência fixada à base do art. 110 do CP na anterior redação – que sendo o espaço de tempo entre a denúncia a sentença condenatória de 1º grau superior ao lapso prescricional (art. 109, V, do CP), ante a pena fixada, reduzida que foi no Tribunal de Justiça, em face de apelação do réu, a prescrição atinge a própria pretensão punitiva do Estado (STF - RT 605/418).

Profunda modificação foi introduzida ao art.110 e seus §§ do CP de 1940 pela Lei 7.209/84, que eliminou a restrição que ali se lia. Assim, a partir desse diploma, a prescrição de que cuida o mencionado dispositivo penal refere-se, indubitavelmente, à pretensão punitiva TACRSP - RT 546/347).

Em regra, a prescrição da pretensão punitiva considera a pena em abstrato para se determinar o prazo, no entanto, o próprio artigo 109, do Código Penal, consagra o disposto nos §§ 1.º e 2.º do artigo 110, do Código Penal, como exceções a essa regra, ou seja, considera que na prescrição superveniente e na prescrição retroativa, leva-se em conta a pena concreta determinada na sentença para o reconhecimento da prescrição antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme se vê, *in verbis*:

Art. 109 A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo disposto nos §§ 1.º e 2.º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, [...].

4.3 REQUISITOS

A aplicação da prescrição retroativa pressupõe a existência de alguns requisitos:

a) inoccorrência de outra modalidade de prescrição da pretensão punitiva com a pena em abstrato;

b) uma sentença condenatória, pois essa modalidade leva em consideração a pena concretizada e esta somente é atribuível em sentença condenatória. Pode, entretanto, acontecer de a sentença final ser absolutória e ser reformada em condenatória pelo Tribunal por um recurso da acusação, caso em que estaria suprido este requisito, assim, equipara-se à sentença condenatória o acórdão condenatório prolatado pelo Tribunal quando o réu tiver sido absolvido em primeira instância;

c) deve ainda existir o trânsito em julgado para a acusação ou ter o seu recurso julgado improvido, ou se julgado provido não altere o prazo prescricional. Verifica-se, assim, que não pode ser reconhecida a prescrição retroativa enquanto não esgotadas todas as possibilidades de agravação da pena imposta em sentença condenatória.

A ausência de recurso pela defesa não impede a incidência de prescrição retroativa. Também não é necessária a intimação do réu da sentença condenatória para início da contagem do prazo prescricional. Tratando-se de sentença concessiva de perdão judicial também incide o princípio retroativo, regulado pelo mínimo abstrato da pena.

4.4 CONTAGEM DO PRAZO E RECONHECIMENTO

A prescrição da pretensão punitiva transcorre da data da consumação do crime até a sentença final; já a retroativa é aquela que ocorre quando a sentença condenatória transita em julgado para a acusação retroagindo à data da consumação do delito.³⁶

³⁶ Exemplificando tal assertiva, colaciona-se o seguinte entendimento: Não havendo recurso da acusação, a pena concretizada na sentença (ou no acórdão, caso venha ela a ser reduzida) tem efeito de regular a prescrição da pretensão punitiva, a partir de seus termos iniciais. Esse prazo é regulado retroativamente, e não a partir da sentença condenatória (TJSP: RT 546/347).

Na prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, o prazo conta-se do cometimento do delito para frente, enquanto que na prescrição retroativa, conta-se o prazo da sentença transitada em julgado para a acusação para trás, para o passado.

Assim, a pena imposta ao réu na sentença condenatória serve apenas para marcar a quantidade justa pela qual será aferida a prescrição.

Prolatada a sentença condenatória esta perderá seus efeitos se ocorrida a prescrição, rescindindo-se a condenação.

Preenchidos todos os requisitos necessários para o seu reconhecimento, o lapso prescricional da pretensão punitiva, nesta modalidade de prescrição, não se regula com o máximo da pena em abstrato, mas sim pela pena imposta na sentença condenatória. Assim, deve-se adotar o total da pena privativa de liberdade imposta na sentença.

O prazo da prescrição retroativa computa-se da data da publicação da sentença condenatória para trás, até a data do recebimento da denúncia ou queixa³⁷, ou entre esta data e a da consumação do crime³⁸. Portanto, se excedido o lapso prescricional entre tais marcos terá ocorrido a prescrição retroativa, devendo esta ser reconhecida.

Na pena de multa, a prescrição opera-se como nos demais casos. Assim, sendo imposta somente pena de multa na sentença condenatória, o prazo prescricional retroativo é regulado pelo disposto no artigo 114, do Código Penal, ocorrendo em dois anos. A contagem desse prazo dá-se também entre a data da consumação do crime e a do recebimento de denúncia ou entre a do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença.

As causas de aumento e diminuição da pena, bem como, as agravantes e atenuantes, já são consideradas na sentença condenatória, por isso não influem no prazo prescricional em si.

No caso de concurso formal, considera-se a pena base imposta na sentença

³⁷ Se entre as datas do recebimento da denúncia e da publicação da sentença condenatória que impôs ao agente pena inferior, a 1 ano e multa, transcorreu lapso superior a 2 anos, resulta extinta a punibilidade do agente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa, declarada de ofício (TJSC: JCAT 80/665).

³⁸ Transitada a sentença para a acusação, a prescrição é regulada pela pena aplicada. Na prescrição retroativa, pode-se considerar como termo inicial data anterior ao recebimento da denúncia (TRF da 1ª Região: RT 733/699). Incidência retroativa do §2º art. 110 da Parte Geral do Código Penal reformada pela Lei 7.209/84, a qual estabelece que a prescrição retroativa pode ter por termo inicial data anterior ao recebimento da denúncia ou queixa (STF: RJDTACRIM 84/454).

condenatória excluindo-se o acréscimo legal.

No crime continuado, leva-se em conta cada uma das penas, se forem iguais, ou a mais grave, se diversas, desprezando-se o aumento. Essa é a orientação da Súmula 497 do STF:

Súmula 497 Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo resultante da continuação.

No concurso material cada infração tem seu prazo prescricional considerado isoladamente.

A reincidência não aumenta o prazo prescricional visto que já foi considerada na sentença que a reconheceu.

A menoridade relativa ou a maioridade senil permitem a redução do prazo prescricional pela metade.

Em caso de aplicação de pena restritiva de direitos, o prazo prescricional é regulado pelo *quantum* correspondente à pena privativa de liberdade.

Uma vez determinada a pena privativa de liberdade na sentença condenatória, desprezando-se eventual majoração quanto ao concurso formal e ao crime continuado, verifica-se o prazo prescricional estabelecido no artigo 109, do Código Penal.

Encontrado o prazo prescricional incidente no caso concreto, deve-se, então, tentar encaixá-lo entre a data da consumação do delito e o recebimento da denúncia ou queixa, ou entre a data do recebimento da denúncia e data de publicação da sentença condenatória.

Destarte, se o prazo prescricional determinado, contado retroativamente, couber entre um dos lapsos temporais acima descritos, pode-se então haver o reconhecimento da prescrição retroativa.

Para exemplificar a contagem do prazo prescricional de prescrição retroativa Damásio traz o seguinte exemplo:

Processado por lesão corporal leve (CP, art.129, caput), o sujeito vem afinal a ser condenado ao mínimo legal, três meses de detenção. A sentença condenatória transita em julgado para a acusação. Apelando ou não o réu, pode ser averiguado se ocorreu a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa. Suponha-se que a denúncia tenha sido recebida em 4-4-1980, vindo a ser publicada a sentença em 10-5-1982.

A partir da data do cometimento do crime estava correndo um prazo prescricional da pretensão punitiva, regulado pelo máximo da pena abstrata. Como esta é de um ano de detenção (CP, art. 129, caput), tal prazo era de quatro anos (CP, art. 109, V). Passados três meses da data do fato a denúncia foi recebida (4-4-1960). Interrompeu-se prazo prescricional de quatro anos (CP, art. 117, I). E a partir da data em que a denúncia foi recebida outro prazo de quatro anos começou a correr (CP, art. 117, § 2º). Pouco mais de dois anos, porém, contados do recebimento da denúncia, foi publicada a sentença condenatória (10-5-1982). Houve nova interrupção do prazo prescricional de quatro anos. No momento em que transitou em julgado a sentença condenatória para o Ministério Público, ou foi improvido o seu recurso, surgiu a possibilidade de ser verificada a ocorrência da prescrição retroativa. E realmente ela ocorreu. Condenado o réu a três meses de detenção, como restou assinalado, o prazo prescricional é de dois anos. E decorreu o biênio entre a data do recebimento da denúncia (4-4-1980) e a data da publicação da sentença condenatória (10-5-1982). Significa que a extinção da punibilidade, pela prescrição retroativa, nos moldes do §2º do art. 110 do CP, ocorreu no dia 3-4-1982, dois anos depois do recebimento da denúncia. De modo que a sentença condenatória, quando foi publicada, um mês depois, não tinha capacidade de gerar o efeito da pretensão punitiva, extinta diante do preceito legal, isso não ocorreria se a sentença condenatória tivesse sido publicada até 2-4-1982.³⁹

4.5 COMPETÊNCIA

Não cabe ao juiz de primeiro grau reconhecer a prescrição retroativa, pois ao prolatar a sentença exaure sua jurisdição. Não pode o juiz reformar a sua própria decisão. Outra questão importante a se analisar é que sendo a prescrição retroativa uma modalidade da prescrição da pretensão punitiva, não poderia o juiz após julgar procedente a ação através de uma sentença condenatória, vir, posteriormente, julgar a mesma ação improcedente.

O juiz da execução também não é competente, cabendo-lhe apenas declarar a prescrição da pretensão executória.

Se o juiz da execução viesse a reconhecer a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade da prescrição retroativa, estaria ele desconstituindo a sentença de um juiz do mesmo grau de jurisdição que o seu, o que não é possível.

Também não é possível que a prescrição retroativa seja reconhecida por ocasião da sentença condenatória, pois é requisito para o seu reconhecimento que

³⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. *Prescrição Penal*, 16.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 144-145.

haja o trânsito em julgado para a acusação ou que tenha sido improvido o seu recurso.⁴⁰

Assim, a prescrição retroativa pode ser reconhecida de ofício pelo Tribunal ou em grau de *habeas corpus*, apelação e revisão criminal, também em embargos de declaração, infringentes e agravo de execução.

Subindo ao Tribunal apelação do réu e verificando este a ocorrência da prescrição retroativa, deve o Tribunal decretá-la de ofício sem julgamento do mérito do processo.

Em se tratando de apelação da acusação, o Tribunal examina sua procedibilidade. Se improvido o recurso, ou provido de forma a não alterar o prazo prescricional, declarará a ocorrência da prescrição retroativa.

Quando a competência originária for do Tribunal nada impede que seja declarada a extinção da punibilidade, ainda que o réu seja condenado, não sendo obstáculo a interposição de recurso especial ou extraordinário sem efeito suspensivo.

4.6 FATOS IMPEDITIVOS PARA SEU RECONHECIMENTO

Quanto às causas interruptivas da prescrição retroativa há de se considerar as seguintes questões:

a) a data da publicação da sentença condenatória⁴¹ interrompe o prazo prescricional retroativo, seja no momento da publicação da sentença condenatória ou na data do julgamento em sessão, já em segunda instância;

b) o prazo anterior ao recebimento da denúncia ou queixa, ou seu aditamento, quando narra novo fato criminoso⁴², constituem causas interruptivas;

⁴⁰ Nesse sentido: "Para que se dê a prescrição retroativa da pretensão punitiva pela pena concretamente imposta, é preciso, como decorre do §1.º do artigo 110 do CP, que tenha havido o trânsito em julgado para a acusação ou que tenha sido improvido seu recurso. Ora, quando do julgamento originário da ação penal evidentemente nenhuma dessas duas hipóteses poderia verificar-se, para que, nele, se declarasse a ocorrência dessa modalidade de prescrição"(STF: JSTF 184/259).

⁴¹ A sentença condenatória é considerada publicada quando é entregue em cartório pelo juiz, conforme disposição do artigo 389, do Código de Processo Penal, *in verbis*: Art. 389 A sentença será publicada em mão do escrivão, que lavrará nos autos o respectivo termo, registrando-a em livro especialmente destinado a esse fim.

⁴² Nesse caso, a data do despacho do recebimento do recebimento da denúncia ou da queixa irá

c) a sentença absolutória com recurso da acusação não irá interromper a prescrição e se a acusação recorrer e o réu vier a ser considerado culpado no Tribunal, o prazo da prescrição retroativa deve ser considerado entre a data do acórdão e a do recebimento da denúncia ou entre esta e a consumação do crime;

d) sentença condenatória anulada não é causa impeditiva da prescrição retroativa, pois proferida outra sentença em seu lugar, a data da publicação desta é que irá regular o prazo; e,

e) a interrupção da prescrição comunica-se nos casos de concurso de agentes, salvo o caso da reincidência e o início ou continuação do cumprimento da pena.

4.7 RESCRIÇÃO RETROATIVA E MÉRITO

Sempre que julgada extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, seja na modalidade intercorrente ou retroativa, não se pode mais discutir, em qualquer instância, sobre o mérito do processo. Isto ocorre porque a prescrição da pretensão punitiva, quando reconhecida, tem amplos efeitos, eliminando a sentença prolatada e todo e qualquer efeito desfavorável ao réu dela advinda, de modo que o condenado adquire o *status* de inocente para todos os efeitos legais.

Em relação à prescrição retroativa, originariamente, com a antiga redação do artigo 110, parágrafo único do Código Penal, a prescrição retroativa era tratada como preliminar de mérito, assim, o Tribunal poderia reconhecê-la sem entrar no mérito da causa uma vez que constituía forma de extinção da pretensão punitiva.

Com a reforma introduzida em 1977, em que se permitia somente a extinção da pretensão executória das penas principais, a prescrição retroativa deixou de ser matéria preliminar sendo forçoso a análise do mérito em primeiro lugar.

Com a reforma de 1984 retoma-se a idéia de que a prescrição retroativa impede o exame do mérito.

Destarte, atualmente, havendo recurso da defesa o princípio retroativo impede o seu exame. Havendo recurso da acusação que vise o agravamento da

constituir o termo inicial do prazo para a prescrição retroativa somente em relação ao fato novo

pena, deve o Tribunal apreciar o seu mérito, se julgado improcedente ou procedente que não altere o prazo prescricional, deve-se declarar extinta a punibilidade pela incidência da prescrição retroativa.

4.8 EFEITOS

A sentença que reconhece a prescrição retroativa não gera qualquer consequência e tem efeitos amplos, porquanto importa a perda da pretensão punitiva do Estado.

Reconhecida a prescrição retroativa, por tratar-se de prescrição da pretensão punitiva, não se permite a caracterização de qualquer responsabilidade penal, de maus antecedentes, reincidência. Extingue-se o poder-dever de punir do Estado e em consequência disso, no momento em que é proferida a sentença condenatória pelo juiz não existe mais o *jus puniendi*.

A sentença condenatória, rescindida pela prescrição retroativa, só apresenta valor e função na fixação da pena privativa de liberdade no caso concreto para fixar-se o prazo prescricional a ser adotado.

Afasta-se, assim, todos os efeitos, principais⁴³ ou secundários⁴⁴ penais ou extrapenais da condenação.

O acusado volta ser tecnicamente primário e sem qualquer registro contra seus antecedentes criminais. Assim, se o réu vier a praticar, posteriormente, outro delito não há que se falar em reincidência por ausência de condenação anterior.⁴⁵

descrito.

⁴³ Efeitos principais são aqueles concernentes à imposição das penas de reclusão, detenção, prisão simples, penas restritivas da direito, multa e medidas de segurança.

⁴⁴ Entenda-se por efeitos secundários: as custas processuais; o lançamento do nome do réu no rol dos culpados e folha de antecedentes; reincidência; obtenção de *sursis* e livramento condicional; questão relativa ao cabimento da prisão preventiva quando cometido outro crime doloso; fiança; reparação de dano; confisco; restituição de coisas apreendidas; seqüestro, dentre outros.

⁴⁵ A título de exemplo, veja-se a seguinte decisão: Uma vez declarada a prescrição retroativa não há mais que falar em culpabilidade do agente. Nenhuma implicação futura poderá causar sobre seus antecedentes. Extingue-se, sem suma, a própria ação penal e se apagam todos os seus efeitos (TJMT: RT 638/321).

4.9 PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA OU ANTECIPADA

Vem sendo construída, jurisprudencialmente, uma nova modalidade de prescrição da pretensão punitiva, denominada de prescrição retroativa antecipada, ou simplesmente prescrição antecipada, prescrição virtual, prescrição pré-calculada ou prescrição em perspectiva.

Essa modalidade de prescrição não está prevista na lei, mas vem sendo admitida pela doutrina e jurisprudência.

A prescrição antecipada é o reconhecimento da prescrição retroativa, tomando-se por base a pena que possível ou provavelmente seria imposta ao réu no caso de condenação. É a prescrição retroativa reconhecida antes mesmo do oferecimento da denúncia, tendo por base a suposta pena *in concreto* que seria fixada na sentença pelo magistrado.

Justifica-se essa modalidade na medida que, na prática, é comum observar situações em que, fazendo-se uma projeção da pena que seria cominada ao caso concreto, eventual condenação sobrevinda já estaria prescrita.

Sobre a questão há doutrinadores que se fundamentam no princípio da economia processual, uma vez que de nada adianta movimentar inutilmente a máquina jurisdicional com processos que já nascem fadados ao insucesso, nos quais, após condenar o réu, reconhece-se que o Estado não tinha mais o direito de puni-lo, devido à prescrição.

Nessas situações, por questão de economia processual ou da própria utilidade do processo, tem-se admitido a hipótese de se declarar, desde logo, extinta a punibilidade com base na eventual pena calculada em perspectiva. Segundo se preceitua, o principal intuito das decisões que reconhecem a prescrição antecipada é o de aliviar o grande volume do serviço criminal, e também para abreviar o desfecho da ação penal⁴⁶.

A discussão ganha relevo com contribuição do Juiz do Tribunal Regional Federal da 5.^a Região, Hugo de Brito Machado, que contribui com a discussão a partir da elaboração de uma nova premissa que é o julgamento antecipado da lide em matéria Criminal, e argumenta:

⁴⁶ PORTO, Antonio Rodrigues. Da Prescrição Penal. 5^a ed. São Paulo: RT, 1998. p. 64.

Questão de grande relevo, sobretudo para os que se preocupam com a morosidade do Poder Judiciário, reside em saber se é válido o julgamento antecipado da ação penal. Com efeito, é possível que em muitos casos o Juiz, depois de haver recebido a denúncia, reste convencido da improcedência da ação, seja porque o fato não configura crime, mesmo em tese, seja porque inequivocamente já extinta a punibilidade pela prescrição, ou porque, presente outra razão para dar-se pela improcedência da denúncia, sejam quais forem as provas que possam vir a ser colhidas na instrução [...]. Sem qualquer apreço pelo formalismo estéril, considero perfeitamente cabível o julgamento antecipado da ação penal, sempre que o julgador estiver convencido da impossibilidade de proferir sentença condenatória, quaisquer que sejam as provas colhidas na instrução. Não se pode perder o Juiz no formalismo que é, penso eu, a principal causa da morosidade do Poder Judiciário. (RJ n.º 208 , p. 33)

A doutrina e a jurisprudência divergem muito sobre o assunto e ainda prevalece o entendimento pela sua não-aceitação⁴⁷, expondo-se para tanto os seguintes argumentos:

- a) não haver previsão legal;
- b) implicar em admissibilidade de pré-julgamento e violação do princípio constitucional da presunção de inocência, pois significaria reconhecer o acusado culpado sem sentença condenatória;
- c) embasar-se em dado aleatório — possível para — porquanto é impossível a previsão da sentença condenatória;
- d) levar à restrição do direito do acusado a uma sentença de mérito;
- e) tolher do Judiciário apreciação de lesão ou ameaça de direito público;
- f) desconsiderar a possibilidade de eventual *mutatio libeli*;
- g) ao reconhecê-la, o juiz estaria pré-julgando, ferindo o princípio do contraditório.

Assim, seus críticos argumentam, o réu teria direito a uma absolvição, sendo esta causa impeditiva ao reconhecimento da Prescrição Virtual, posto que, admitem que embora a sentença condenatória não tenha sido proferida, na verdade o foi, e, embora, não tenha gerado nenhum efeito jurídico gera efeitos morais e sociais, violando desta forma ao princípio da presunção de inocência, além de representar inadmissível prejulgamento.

⁴⁷ Para PORTO, (1998, p. 64), o procedimento da prescrição antecipada vem violentar o texto legal, pois somente após uma sentença condenatória é que se pode falar em prescrição com base na pena concreta com caráter retroativo. Acresce que poderia a sentença final vir a absolver o acusado, o que viria a ser mais benéfico para ele. Admite o autor que o fato de estar o Poder Judiciário assoberbado de serviço não justifica o atropelamento das normas legais, devendo-se encontrar outra solução para desafogar o Judiciário.

Sobre o tema, oportuna se faz a transcrição de trecho da doutrina do Prof. Cezar Roberto Bitencourt:

Finalmente, não há suporte jurídico para o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, como se está começando a apregoar, com base numa pena hipotética. Ademais, o réu tem direito a receber uma decisão de mérito, onde espera ver reconhecida a sua inocência. Decretar a prescrição retroativa, com base em uma hipotética pena concretizada, encerra uma presunção de condenação, conseqüentemente, de culpa, violando o princípio constitucional da presunção de inocência (art.5.º, LVII, CF).⁴⁸

Esta situação é facilmente contestada, posto que, é incontroverso que a prescrição da pretensão punitiva sobrepõe-se a qualquer outra questão e precede ao mérito da própria ação penal. Isso porque, como é curial, tratando-se de extinção da punibilidade sob a forma *jus puniendi*, dá-se para o Estado a perda do direito de exigir do Judiciário a prestação jurisdicional, de sorte que fica obstaculizado o julgamento da própria lide, ou, em outras palavras, vê-se prejudicado o exame do mérito da causa.

O princípio da inocência (art. 5.º, LVII, da CF), fica restrito à mera inaplicabilidade de sanção em qualquer sentido, a partir do momento que a inércia estatal tenha corroído qualquer possibilidade de aplicação de sanção e, ainda mais quando a parte geral do CP determina a inexistência de quaisquer seqüelas para aquele caso, sobressaísse uma verdade irrefutável: o acusado simplesmente não foi condenado.

Conforme ensina Celso Delmanto: "*O acusado não é responsabilizado pelo crime; seu nome não é inserido no rol dos culpados nem há geração de futura reincidência; não responde pelas custas processuais e o dano resultante do crime só lhe poderá ser cobrado pela via ordinária do CPP, artigos 66 e 67, e não pela via direta do CPP, art. 63*".⁴⁹

E tal hipótese não é construção isolada, conforme se pode verificar em inúmeras decisões já ocorrentes:

"Se a prescrição reconhecida refere-se à pretensão punitiva, retira-se do Estado o direito à própria ação, ou seja, o direito de obter uma decisão a respeito do eventual crime. Decisão dessa natureza não acarreta nenhuma

⁴⁸ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*, vol I, 8.ª ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 753.

⁴⁹ DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 4.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

responsabilidade civil ou criminal ao acusado. Essa modalidade prescricional é bem mais abrangente e infinitamente mais suave para o interessado que a simples reabilitação, principalmente tendo em vista as disposições dos artigos 748 do CPP e 202 da L. 7.210/84. Na verdade a reabilitação apaga apenas alguns efeitos secundários da sentença condenatória, enquanto que a decisão da prescrição da pretensão punitiva extingue, por completo a própria condenação. É como se esta nunca tivesse existido. É como se o mérito da causa jamais tivesse sido examinado, de modo que a presunção de inocência perdura *ad vitam aeternam*." (TACRIMSP - Rec. de Ofício - Rel. SILVA PINTO - JUTACRIM 91/183.)

"A prescrição da pretensão estatal equivale à proclamação de inocência do acusado e nesta hipótese são apagados os efeitos da sentença condenatória, como se jamais tivesse sido praticado o crime ou tivesse existido tal sentença". (TACRIMSP - AC - Rel. EMERIC LEVAI - RJD 1/155.)

Mais especificamente em relação à Prescrição Virtual, apresenta-se os seguintes julgados:

PRESCRIÇÃO ANTECIPADA - Validade do raciocínio judicial que antecipa o cálculo prescricional para rejeitar a denúncia. Ementa Oficial: Princípio do direito administrativo, voltado para a boa aplicação do dinheiro público, também recomenda que não seja instaurada a ação penal por falta de interesse, quando, em razão da provável pena, que é uma realidade objetivamente identificável pelo Ministério Público e pelo juiz, a partir das considerações inerentes ao artigo 59 do CP, for possível perceber que a sentença condenatória não se revestirá de força executória, em face das regras que regulam a prescrição. (Ap. 295.059.257 - 3º Câmara - j. 12.03.1.996 - Rel. Juiz José Antônio Paganella Boschi)

PRESCRIÇÃO – DECLARAÇÃO ANTECIPADA. PENA PROJETADA. Fundamenta a declaração antecipada da prescrição a pena que se projeta como máxima possível de ser aplicada, em operação que tem como base circunstâncias já conhecidas, e que, de regra, não se modificam com o andar da instrução. (11. TJRS – EMD 70002674422 – 6ª C.Crim. – Rel. Des. Newton Brasil de Leão – DOERS 23.08.2001)

Nosso ordenamento jurídico-processual-penal ainda não contempla a prescrição por antecipação. Só há prescrição pela pena em concreto quando a decisão transitada em julgado para a acusação (CP, art. 110, § 1º) (STF: RT 727/443-4).

Carece totalmente de amparo jurídico, em nosso sistema processual penal, a denominada prescrição antecipada que tem como referencial condenação hipotética (STJ: DJU de 3.11.99, p 122).

Não tem amparo legal a pretensão do réu de ver reconhecida a extinção da punibilidade pela prescrição, antes da sentença condenatória. A presunção da condenação viola o princípio constitucional do devido processo legal e da ampla defesa, cuja iniciativa da ação é obrigatória ao Ministério Público. A denominada prescrição retroativa não pode ser reconhecida, posto que não existe um referencial do total da pena aplicada, que só se concretiza na sentença (TJAP: RDJ 6/424).

Em se tratando de réu incontroversamente primário, é admissível o reconhecimento da prescrição retroativa, antes de proferida a sentença,

com fundamento no fato de que a pena eventualmente aplicada não atingiria o máximo legalmente previsto para o delito. – A prescrição antecipada tem amparo no sistema penal brasileiro e, portanto, é possível o reconhecimento da prescrição retroativa, antes de proferida a sentença, se as circunstâncias subjetivas e objetivas mostram-se; desde logo, favoráveis ao acusado, fazendo com que a fixação da pena permaneça no mínimo legal caso sobrevenha decreto condenatório, sendo certo que; em tal hipótese, deve ser reconhecida falta de interesse de agir, condição da ação penal (voto vencedor) (TACRSP: RJTACRIM 39/278).

Corolários são os entendimentos dos doutrinadores sobre o tema, conforme se observa a prescrição penal é a perda do direito de punir pelo não uso da pretensão punitiva durante certo espaço de tempo. É da inércia do Estado que surge a prescrição. Atingido ou ameaçado um bem jurídico penalmente tutelado, é a prescrição uma decorrência da falta de reação contra o ato lesivo ou perigoso do delinqüente. Desaparece o direito de punir porque o Estado, através de seus órgãos, não conseguiu, em tempo oportuno, exercer sua pretensão punitiva.

Quanto a sua aplicação o fundamento mais sustentável é o argumento de que há falta de justa causa para a persecução penal, pois não haveria sentido em se admitir a persecução penal quando está é natimorta, já que o direito de punir, caso houvesse condenação, estaria extinto, perdendo-se todo o trabalho desempenhado, apagando-se qualquer efeito da eventual condenação por tratar-se de forma de extinção da pretensão punitiva.

Outro argumento a favor é de que se caracterizaria um constrangimento ilegal submeter alguém a um processo criminal que já se tem a certeza de ser inútil porque alcançada a prescrição.

Destarte, sendo forçoso reconhecer que o destino de uma eventual ação penal seria fatalmente a ocorrência da prescrição, caso viesse a ser realizada a instrução criminal, sobrevindo decreto condenatório, logo após, nova e frustrante decisão sobreviria, fulminando aquela que nenhuma eficácia demonstrou em curto período de sobrevivência.

Tal situação, de realidade incontestável, revelaria a ausência de interesse de agir do Estado na medida em que se entende assentado este na busca de algum resultado útil a se extrair do processo. Ademais, não se poderia por mero apego formal exigir-se que o réu sofresse a incidência de um decreto condenatório antecipadamente, esvaziando a qualquer efeito concreto que possa surtir.

Assim, em outras palavras, não se estaria decretando a extinção da punibilidade, mas deixando de dar continuidade a persecuções penais inúteis, que podem ser consideradas desprovidas de justa causa.

Com efeito, ressalta-se que a utilidade do processo traduz-se na eficácia da atividade jurisdicional para satisfazer o interesse do autor. Se, de plano, for possível perceber a inutilidade da persecução penal para fins a que se presta, dir-se-á que inexistente interesse de agir. É o caso, v. g., de se oferecer denúncia quando, pela análise da pena possível de ser imposta ao final, se eventualmente comprovada a culpabilidade do réu, já se pode antever a ocorrência da prescrição retroativa. Nesse caso, toda atividade jurisdicional será inútil; falta, portanto, interesse de agir.

Ora, se a ação penal para existir precisa preencher o requisito do interesse de agir, desencadeando assim um processo e uma sanção àquele que cometeu um ilícito penal; se este fim não poderá mais ser materialmente realizado porque ao sentenciar e aplicar concretamente a reprimenda, o direito de punir pulverizou-se no tempo, qual a finalidade de desencadear ou até mesmo dar prosseguimento a um processo natimorto.

Humberto T. Júnior, processualista de escola, entende que :

[...] o processo, hoje, não pode ser visto como mero rito ou procedimento. Mas igualmente, não pode reduzir-se a palco de elucubrações dogmáticas, para recreio de pensadores esotéricos. O processo de nosso final de século, é sobretudo um instrumento de realização efetiva dos direitos subjetivos violados ou ameaçados de realização pronta, célere e pouco onerosa. Enfim, um processo a serviço de metas não apenas legais, mas também sociais e políticas. Um processo que, além de legal, seja sobretudo um instrumento de justiça".⁵⁰

Não é porque a lei não prevê expressamente a figura da prescrição antecipada, que a mesma não possa ser alcançada por meio de uma interpretação sistemática ou finalista, facilmente é de se notar que nas hipóteses de prescrição virtual induz falta de interesse de agir para o prosseguimento da ação penal.

⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Revista Jurídica*, Síntese, Ano XLVI – n.º 251 – setembro de 1998, pág. 7.

Interesse de agir consoante o pensamento de Liebman (apud THEODORO JUNIOR, 1998) é '*o interesse do autor de obter o provimento pedido*',⁵¹ ou seja, existe quando há para o autor utilidade e necessidade de conseguir recebimento de seu pedido, para obter, por esse meio, a satisfação do interesse (material) que ficou insatisfeito pela atitude de outra pessoa. É, pois, um interesse de segundo grau, porque consiste no interesse de propor o pedido, tal como foi proposto, para a tutela do interesse que encontrou resistência em outra pessoa, ou que, pelo menos, está ameaçado de encontrar resistência.

Dito isto, tem-se que o Estado só deve desempenhar sua atividade jurisdicional até o final quando o provimento pedido seja adequado para atingir o escopo de atuação da vontade de lei no caso concreto.

A partir deste entendimento, concluímos que o interesse-utilidade compreende a idéia de eficácia do provimento pedido, de modo que inexistirá interesse de agir quando se verificar que o provimento condenatório não poderá ser aplicado.

José Frederico Marques também falou em "interesse-adequação", ao tratar das condições da ação no processo penal, ou seja, "*para que haja interesse de agir, é necessário que autor formule uma pretensão adequada, ou seja, um pedido idôneo a provocar atuação jurisdicional*".⁵² O interesse de agir, segundo o autor, é a relação entre a situação antijurídica denunciada e a tutela jurisdicional requerida. Disso resulta que somente há interesse quando se pede uma providência jurisdicional adequada à situação concreta a ser decidida. É preciso que examine em que termos é formulada a exigência que se contém na pretensão para que se verifique da existência do interesse de agir.

Assim, alcança-se o entendimento de que como a prescrição retira qualquer efeito da sentença condenatória, deixa de existir direito ao acusado em ver seu recurso conhecido e examinado, conforme o sistema pátrio do duplo grau de jurisdição e, especificamente no Direito Penal, da busca da verdade real, daí inexistir qualquer vedação para a aplicabilidade da prescrição virtual.

⁵¹ LIEBMAN *apud* THEODORO JUNIOR, id.

⁵² MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1956.

CONCLUSÃO

É a Prescrição Penal uma das causas de extinção da punibilidade previstas em nosso Código Penal.

O instituto da Prescrição já era conhecido no Direito Grego e Romano, tendo origem no ensejo de impor ao Estado um termo legal que limitasse o seu direito de punir, aos parâmetros da razão e convivência.

A pena só é legítima quando traduz o sentimento médio da coletividade, assim, insistir em apenar o delito cuja repercussão social diminuiu pelo esquecimento criaria dentro do Direito Penal uma contradição de grande interesse entre seus fins teóricos e a sua respectiva efetivação. Assim, a Prescrição Penal tem como fundamentos o decurso do tempo; o desinteresse estatal em apurar um delito ou punir o infrator — em determinado lapso temporal: a correção do condenado sem que tenha havido reiteração criminosa, dentre outros.

Tem por escopo amenizar a situação do réu, objetivando livrá-lo da punibilidade pelo decurso do tempo, marcado pela inércia de punir ou demora do Estado em exercer tal poder-dever. Logo, a prescrição é um meio de viabilizar a justiça penal com a realidade fática e não um estímulo à impunidade ou criminalidade.

Com a evolução histórico-jurídica, a reforma de 1984 consubstanciou nos artigos 109 e 110, do Código Penal, as espécies de prescrição: prescrição da pretensão punitiva, e prescrição da pretensão executória.

São essas espécies de prescrição regidas por regras próprias, e igualmente conhecidas em outros países.

Porém, possui o sistema brasileiro tipo prescricional próprio — a Prescrição Retroativa, que se originou em nossos tribunais através da Súmula 146, do Supremo Tribunal Federal, e após muitas críticas e debates encontra-se, atualmente, pacificada a sua interpretação e contida no ordenamento jurídico positivo.

É a Prescrição Retroativa uma das espécies de prescrição da pretensão punitiva, embora seja regulada pela pena concreta atribuída em sentença penal condenatória que já tenha transitado em julgado para a acusação. Podendo retroagir à data da consumação do delito. Conta-se o seu prazo da sentença transitada em julgado para a acusação para trás.

Verifica-se a coerência desse instituto na medida em que será estabelecido através da sentença condenatória a pena justa para se aferir a prescrição, não se falando mais em pena máxima em abstrato cominada em cada tipo penal.

Em suma, embora complexo, o instituto da Prescrição Penal demonstra grande importância e utilidade para não atribuir ao Estado um direito limitado de punir, sendo inconcebível perpetuar uma relação jurídica *ad eternum*. Visa impedir eventuais incertezas e injustiças que venham a surgir em virtude da inércia estatal em cumprir com os direitos e obrigações decorrentes de sua natureza.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*, vol I, 8.^a ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

_____. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*, 5.^a ed. São Paulo: RT. 1999.

BRUNO, Anibal. *Direito Penal: Parte Geral*, v. 3, 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*, 2.^a ed. Curitiba: ICPC; Lúmen Júris, 2007.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DOTTI, René Anel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio do Janeiro: Forense, 2002.

FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição da Ação Penal: suas causas suspensivas e interruptivas*. São Paulo: Saraiva, 1993.

GUARAGNI, Fábio André. *Prescrição Penal e Impunidade: crítica ao sistema penal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2000.

HUNGRIA, Nelson. *Novas questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. 25.^a ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

_____. *Prescrição Penal*. 16.^a ed. São Paulo. Saraiva, 2003.

LEAL, José João. *Curso de Direito Penal*. Porto Alegre, 1991.

MACHADO, Hugo de Brito. Julgamento Antecipado em Matéria Criminal. *Revista Jurídica*, n.º 208, p. 33-34

MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1956.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Prescrição Penal*. São Paulo: Atlas, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal — Parte Geral*. 13.^a ed. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. *Processo Penal*. 13.^a ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Código Penal Interpretado*. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Código de Processo Penal Interpretado*. 5.^a ed. São Paulo: Atlas, 1997.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. vol. 1. 36.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

PALOTTI JÚNIOR, Osvaldo. *Considerações sobre a prescrição retroativa antecipada*. Revista dos Tribunais nº 709, p. 302/306. 1994.

PORTO, Antonio Rodrigues. *Da Prescrição Penal*. 5.^a ed. São Paulo: RT, 1998.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O 'Direito de Punir': Revisão Crítica*. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre: Notadez, v. 09, p. 84-101, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Revista Jurídica, Síntese, Ano XLVI – n.º 251 - setembro de 1998, pág. 7.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal: Parte Geral*, vol. 2. São Paulo: Atlas, 1993.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*. 4.^a ed. São Paulo: RT, 2002.