

PRESCRIÇÃO PENAL

Vladimir Giacomuzzi
Promotor Público em Porto Alegre

Prescrição penal é “a renúncia do Estado a punir a infração, em face do decurso do tempo”¹.

Fala-se em prescrição penal desde a “Lex Julia de Adulteris”, do ano 18 a.C.

Inicialmente a prescrição atingia à maioria dos delitos, mas não a todos, e não se aplicava quando existisse sentença condenatória.

A prescrição da “condenação penal” surgiu primeiramente na França, com o Código de 1791, e entre nós com o Decreto n.º 774, de 1890.

Hoje a prescrição penal é referida a todos os delitos e compreende a prescrição da “ação penal” e a prescrição da “condenação penal”, ou, mais tecnicamente, a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória da pena.

Discutem os doutrinadores sobre a natureza jurídica do instituto da prescrição penal.

Binding dava-lhe caráter puramente processual, uma concepção hoje quase não aceita pelos modernos penalistas. Beling entendia que a prescrição penal tem caráter jurídico material, posição esta acolhida, entre nós, pelo Prof. José Frederico Marques e pelo Doutor Marcelo Fortes Barbosa. Max E. Mayer afirmava que a prescrição penal é, ao mesmo tempo, formal e material, sublinhando Mezger, todavia, que essa teoria só se aplica à prescrição da pretensão punitiva e não à prescrição da pretensão executória da pena, que é puramente processual. Aníbal Bruno, entre nós, compartilha deste último entendimento, seguramente o mais acertado².

2. O conceito de Florian sobre a prescrição é muito preciso.

Para o penalista italiano “a prescrição é o espaço de tempo, pré-fixado em lei, transcorrido o qual a ação penal não mais pode ser exercida ou a condenação inflingida não mais pode ser executada”³.

A relevância da distinção prática entre a prescrição da “ação penal” e a prescrição da “condenação penal”, que o conceito do Eminentíssimo penalista peninsular facilita, poderia ser assim resumida: ocorrendo a primeira, impedido fica o Estado de promover as investigações policiais, de ajuizar a ação penal, de declarar culpado o acusado ou de impor-lhe sequer uma medida de segurança, dependendo, apenas, da incidência da regra da prescrição num ou noutro momento processual. Verificando-se, ao contrário, a

¹GARCIA, B. *Instituições de direito penal*, p.669.

²BARBOSA, M. Fortes. A prescrição retroativa com base na Súmula n.º 146 e o novo Código Penal, *in Revista dos Tribunais*, v.448, p.282; BRUNO, Aníbal. *Direito penal*, t. 3, v. 1, p. 208.

³FLORIAN, E. *Trattato di diritto penale*, cit. por A.R. Porto *in Da prescrição penal*.

prescrição da pretensão executória, válida é a condenação, dela decorrendo todos os efeitos, penais e civis, que a lei prevê, à execução, apenas, do efeito primário da condenação: o condenado não poderá ser recolhido ao estabelecimento profissional, nem a multa ser-lhe-á exigida. Mas seu nome irá para o rol dos culpados e ficará obrigado ao pagamento das custas do processo. Se tornar a delinquir será considerado reincidente. A pena acessória poderá ser executada, bem como a medida de segurança imposta⁴. Ficará obrigado ao ressarcimento do dano e perderá o produto do crime, bem como os instrumentos dos quais se serviu para a prática do delito, se tais instrumentos se constituírem em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito.

3. O âmbito da prescrição da “ação penal” se estende desde a data da consumação do fato punível, do dia em que cessou a atividade criminosa, a permanência ou a continuação, ou, excepcionalmente, nos delitos de bigamia e falsificação ou alteração do assento do registro civil, desde o dia em que o fato se tornou conhecido, e vai até o dia em que passa em julgado a decisão condenatória (Cód. Penal art. 111, c.c. art. 112).

A prescrição da “condenação penal” se inicia no dia em que passa em julgado a decisão condenatória, no dia em que se revoga o “sursis” ou o livramento condicional, ou, ainda, no dia em que se interrompe a execução penal, salvo se o tempo da interrupção deva ser computado na pena (Cód. Penal art. 112, letras “a” e “b”).

4. A prescrição da “ação penal”, enquanto inexistir decisão condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime (Cód. Penal art. 109). Após transitar em julgado a decisão condenatória para a acusação, a prescrição da “ação penal” regula-se pela pena aplicada (Cód. Penal art. 110, parágrafo único – orientação esta anterior ao advento da Lei 6.416, de 24/05/77).

5. O art. 109 do Código Penal estabelece os prazos de prescrição para os delitos punidos com pena privativa da liberdade, atendendo ao critério da gravidade da infração. Assim, quanto mais grave o delito de que é acusado ou condenado o agente, mais alto será o prazo de prescrição.

Quando, no entanto, a pena de multa foi a única imposta ou é a que ainda não foi cumprida, a prescrição opera-se em dois anos (Cód. Penal art. 114).

Este prazo de dois anos tanto se refere à prescrição da pretensão punitiva quanto ao prazo da prescrição da pretensão executória.⁵

O prazo de prescrição da “condenação” da pena de multa isoladamente aplicada se inicia dez dias após o trânsito em julgado da decisão que a impuser (Cód. Penal art. 112, letra “a”, c.c. art. 686 do Cód. de Proc. Penal).

Quando a multa for cumulativamente aplicada, o prazo de prescrição da “condenação penal” se inicia a partir do cumprimento da pena privativa de liberdade ou da decisão que a declara extinta pelo decurso do período de prova, sem revogação do “sursis” ou do livramento condicional (Cód. Penal art. 114, c.c. art. 112, letra “a” e art. 686 do Cód. de Proc. Penal).⁶

Se o réu é acusado de furto simples, por exemplo, a prescrição da “ação penal” verificar-se-á em oito anos porque o máximo da pena privativa de liberdade cominada ao

⁴NOGUEIRA, A. Medida de segurança, p. 215, cit. por J.R. Baraúna, in *Anais do I Congresso do Ministério Público de São Paulo: Das medidas de segurança no novo Código Penal*.

⁵ANDRADE, Cristiano J. de. Prescrição da pena de multa e do perdão judicial, in *Justitia*, v. 80, p. 363.

⁶ANDRADE, Cristiano J. de. Op. e loc. cit.

delito de furto simples é quatro anos de reclusão (Cód. Penal art. 155, “caput”, c.c. art. 109, inc. IV).

Se, no entanto, este mesmo réu vier a ser definitivamente condenado à pena de vinte e três meses de reclusão — como autoriza o § 2.º do art. 155 do Código Penal — a prescrição da execução desta condenação verificar-se-á em quatro anos (Cód. Penal art. 109, inc. V, c.c. art. 110).

Se vier a ser condenado à pena de multa, apenas, esta condenação prescreverá em dois anos (Cód. Penal art. 114).

6. Mas os prazos de prescrição enunciados no art. 109 do Código Penal se suspendem e se interrompem.

Assim é que o prazo de prescrição da “ação penal” se suspende enquanto não for resolvida questão da qual dependa o reconhecimento da existência do crime ou enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro (Cód. Penal art. 116, c.c. art. 92-93 do Cód. de Proc. Penal).

O prazo de prescrição da “condenação penal” fica suspenso durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo (Cód. Penal art. 116, parágrafo único).

Interrompe a prescrição da “ação penal” o recebimento da denúncia ou da queixa crime, a decisão de pronúncia, a decisão confirmatória da pronúncia e a decisão condenatória recorrível (Cód. Penal art. 117, incisos I, II, III e IV).

O início ou a continuação do cumprimento da pena e a reincidência, interrompem o curso do prazo da prescrição da “condenação penal” (Cód. Penal art. 117, incisos V e VI).

A consequência jurídica da interrupção é recomeçar a correr todo prazo prescricional do dia da interrupção, contrariamente com o que se opera com a suspensão, que apenas retém o fluxo do prazo prescricional. Cessada a causa suspensiva da prescrição, no mesmo dia recomeça a fluência do prazo, devendo ser computado o tempo decorrido antes da suspensão (Cód. Penal art. 117, § 2.º — que somente abre exceção ao efeito da interrupção ao início ou à continuação do cumprimento da pena).

Não estão acordes doutrina e jurisprudência quanto ao marco inicial da interrupção da prescrição da “condenação penal” pelo fato da reincidência, questão não enfrentada pela recente Lei 6.416/77.

A maioria dos doutrinadores sustenta que o aludido prazo se inicia da data da prática do novo crime e não do trânsito em julgado da decisão que o reconhece.⁷

A jurisprudência predominante, liderada pelos Colendos Tribunais de São Paulo, se inclina, com acerto, no sentido contrário: o lapso prescricional da pretensão executória é interrompido pela sentença condenatória irrecorrível que reconhece o novo crime, não pela sua prática.⁸

Os prazos de prescrição indicados no artigo 109 do Código Penal são diminuídos da metade, se o acusado era menor de 21 anos de idade à data do fato ou maior de 70 anos de idade, à data da condenação.

O prazo de prescrição da “condenação penal” é aumentado de 1/3 se o condenado é reincidente, exceção feita ao prazo de prescrição da pretensão executória da pena de multa (Cód. Penal art. 110 c.c. art. 114).⁹

⁷NORONHA, M. *Direito penal*, v. 1, p. 521; GARCIA, B. *op. cit.*, p. 709; MARQUES, J.F. *Tratado de direito penal*, v. 3, p. 412. — Contra: CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal*, v. 4, p. 429.

⁸*Revista dos Tribunais*, v. 208, p. 108; v. 25, p. 94; v. 302, p. 411; v. 353, p. 313; v. 372, p. 187; v. 391, p. 299; v. 424, p. 366 e v. 437, p. 347.

⁹NORONHA, M. *Op. cit.*, p. 512; MARQUES, J.F. *Op. cit.*, p. 407; CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Op. cit.*, p. 358; PORTO, A.R. *Op. cit.*, p. 98; *Revista dos Tribunais*, v. 362, p. 280; v. 372, p. 187; v. 426, p. 371; v. 428, p. 298; *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 50, p. 551.

7. De todas as dificuldades que a aplicação do instituto da prescrição penal ofereceu aos estudiosos, nenhuma superou a do então parágrafo único do artigo 110 do Código Penal.

Girava o debate em saber se a pena concretizada na decisão, da qual somente o réu recorreu, regulava a prescrição desde antes ou somente depois da decisão. Ou, noutras palavras, a pena aplicada tinha efeitos “*ex tunc*” ou “*ex nunc*”?

Nilson Vidal Naves, em excelente estudo, demonstrou que a “*disputatio juris*” dividia a opinião dos Eminentes Ministros da Suprema Corte mesmo antes do atual Código Penal, quando a matéria era regulada pelo Decreto n.º 4.780, de 27/12/1923. E o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, apenas para citar a mais alta corte de justiça do país, era ora no sentido de predominar a opinião dos que entendiam que a eficácia era “*ex tunc*”, ora no sentido diverso, de que a eficácia da pena concretizada na sentença era “*ex nunc*”¹⁰.

Na doutrina a opinião predominante, por ampla maioria, sempre foi de que a pena concretizada na decisão transitada em julgado para a acusação produzia efeitos daí para diante, isto é, inexistia a proclamada eficácia retroativa.

Buscando superar a controvérsia, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária de 13/12/63, entendeu de sumular a orientação então predominante naquela alta corte de justiça, proclamando que “a prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação” (verbete n.º 146).

Era a consagração da “teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto”, tão ardorosamente defendida, no mais alto Pretório nacional, pelo Eminentíssimo Ministro Nelson Hungria.

Significava que, inexistindo recurso da acusação contra a decisão condenatória, a pena concretizada na sentença — de primeiro ou de segundo grau — tinha o efeito de regular a prescrição da “ação penal” desde seus termos iniciais.

Contava-se o prazo regulado pela pena aplicada retroativamente e não a partir do trânsito em julgado para a acusação.¹¹

O exemplo singelo da lesão corporal leve, lembrado por Damásio de Jesus, é muito elucidativo: um sujeito pratica crime de lesão corporal leve e o juiz o condena à pena de três meses de detenção. O réu recorre e a sentença transita em julgado para o órgão do Ministério Público. O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula n.º 146, orienta-se no sentido de que o Tribunal Estadual a quem o réu recorreu deve decretar a extinção da punibilidade pela aplicação retroativa da prescrição da pretensão punitiva, nos termos seguintes: como o réu foi condenado a três meses de detenção, isso significa que essa era a quantidade de pena que deveria regular a prescrição, desde o início. Ora, se a pena é de três meses de detenção, inferior a um ano, então a prescrição ocorre em dois anos. Como o processo foi instaurado em 03/10/76 o juiz só podia proferir a sentença até o dia 02/10/78. Desta forma, quando o juiz condenou o réu, a 10/11/78, o Estado já havia perdido o poder-dever de punir, atingido pela prescrição da pretensão punitiva.¹²

Para usar uma expressão significativa, ao dar nascimento à prescrição retroativa, a decisão condenatória morre dos trabalhos do parto.

¹⁰ O Supremo Tribunal Federal e o princípio da prescrição pela pena em concreto, *In Revista dos Tribunais*, v. 472, p. 470 e *Justitia*, v. 88, p. 285.

¹¹ *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 76, p. 148, decisão comentada por Arnaldo Malheiros Filho *In Ciência Penal*, v. 2, p. 131.

¹² A prescrição retroativa no futuro código penal, *In Justitia*, v. 91, p. 23 e *Revista dos Tribunais*, v. 479, p. 316.

A opinião de José Luiz Shalders, no sentido contrário, ficou isolada na doutrina.¹³

Mas a edição da Súmula n.º 146 não logrou apaziguar as posições antagônicas. Os Tribunais locais demonstravam sua “má vontade” com relação à teoria e a doutrina criticava a orientação esposada pelo Pretório Excelso.¹⁴

Foi então promulgado o Decreto-lei n.º 1.004, de 21/10/69, outorgando-se à nação o novo Código Penal, o qual decretou o fim da prescrição pela pena em concreto. O § 1.º do art. 111 do novo diploma penal consignava que “a prescrição depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também, daí por diante, pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos”.

Era a transformação em lei expressa do entendimento que sobre o então parágrafo único do art. 110 do Código Penal em vigor tinha a corrente liderada pelo Eminentíssimo Ministro Luiz Gallotti.

Este posicionamento, no entanto, não resistiu muito tempo.

A Lei n.º 6.016, de 31/12/73 imprimiu ao Decreto-lei n.º 1.004/69 várias alterações, inclusive aquela de determinar um retorno à situação do Código Penal de 1940 e à Súmula n.º 146.

O novo Código Penal é ainda “*lege vacante*” e como não tenha trazido substancial transformação na matéria de prescrição, foi incapaz de sensibilizar a jurisprudência pátria para a adoção de uma exegese diversa da cristalizada na Súmula n.º 146.

8. Em março de 1977 o Presidente da República encaminhou ao Congresso Nacional projeto de lei alterando o Código Penal em vigor e o Código de Processo Penal. Uma das alterações propostas e aceitas foi, exatamente, a do parágrafo único do art. 110 do Código Penal. O objetivo da alteração nesta parte, segundo a exposição de motivos que acompanhou o encaminhamento da mensagem, era o de “disciplinar o prazo da prescrição à sentença condenatória, eliminando uma elástica interpretação que vinha sendo causa de impunidade, não só quanto à pena principal, como também à acessória, com indesejáveis efeitos jurídico-penais”.

A alteração em questão acrescentou um parágrafo ao art. 110 do Código Penal, o qual, por via de consequência, passou a ser o § 1.º, na redação quase idêntica que a Lei n.º 6.016/73 emprestou ao Decreto-lei n.º 1.004/69.

O § 1.º do art. 110 passou a ter a seguinte redação: “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”.

O § 2.º ficou assim redigido: “A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, importa, tão somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal, não podendo, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia”.

Este § 2.º outra coisa não é, senão, que uma tentativa de interpretação autêntica, legislativa, do revogado parágrafo único do art. 110, segundo parecer do ilustre Relator geral do projeto de lei no Congresso Nacional que se transformou na Lei n.º 6.416/77.

De acordo ainda com o mesmo ilustre Relator geral, a inspiração da nova lei, nesta parte agora estudada, nasceu do voto do Eminentíssimo Ministro Amaral Santos proferido no julgamento do H.C. n.º 47.483 GB e publicado na RTJ 56/156. Proclamou o Eminentíssimo Ministro, naquela oportunidade: “. . . A Súmula n.º 146 compendia jurisprudência no concernente à prescrição da pena, não à prescrição do direito de ação. Proposta a ação em

¹³ Pequena divulgação sobre prescrição retroativa, in *Justitia*, v. 69, p. 131.

¹⁴ FRAGOSO, Heleno C. in *Revista de Direito Penal*, v. 9/10, p. 101.

tempo hábil, a prescrição a ser considerada é a da pena fixada na sentença. A prescrição, depois de transitada em julgado a sentença condenatória, regula-se pela pena imposta (art. 110). O mesmo se dá depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido (art. 110, parágrafo único). É desta prescrição, a do art. 110, parágrafo único, que trata a Súmula aludida. Estendê-la para abranger a prescrição da ação, a meu ver, como também pareceu aos eminentes Ministros Luiz Gallotti, Cândido Motta Filho, Hahnemann Guimarães e Prado Kelly, é desconhecer a vigência do art. 109, que estabelece que, entre a data da execução do crime e a data da denúncia, a prescrição se regula pelo máximo da pena cominada. Para mim, o eminente Ministro Luiz Gallotti está com a lei e com a melhor doutrina ao dizer: “entender de outro modo, entender que, embora a pena só se concretize na sentença, antes desta já se deve levar em conta a pena concreta para efeito de prescrição, seria, ‘*data venia*’, além de ilógico, esquecer que a mesma sentença também interrompeu a prescrição e que, conforme acentua Garraud, a interrupção torna inútil, apaga o lapso de tempo que antes dela ocorreu” . . .”

Interessante é notar que o Eminentíssimo Ministro Amaral Santos, na sustentação de seu voto, invoca lição de Luiz Gallotti, o qual, no entanto, sempre sublinhou o contrário do que foi sustentado no julgamento em análise pelo ilustre catedrático de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Enquanto a decisão não transita em julgado para acusação e defesa deve-se falar em “ação penal”, ou pretensão punitiva. Se o réu recorre da decisão condenatória, cuida-se, ainda, de verificar a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, não da prescrição da pretensão executória. O Eminentíssimo Ministro Luiz Gallotti dissente, apenas, de que o prazo de prescrição regulado agora pela pena concretizada na decisão condenatória devesse retroagir.

Para o Eminentíssimo Ministro Gallotti aquele novo prazo deveria ser computado do trânsito em julgado da decisão condenatória para frente. Mas o que ainda estaria em jogo seria a prescrição da “ação penal” e não, ainda, da “condenação penal”. O prazo de prescrição da pretensão executória somente teria início a partir do trânsito em julgado da decisão condenatória para ambas as partes.¹⁵

No equívoco em que incidiu o Eminentíssimo Ministro Amaral Santos não incorreram a maioria dos juízes da Suprema Corte, nem a unanimidade dos doutrinadores que se ocuparam da matéria, como, com oportunidade, lembra Celso Delmanto.¹⁶

Acertada ou equivocadamente, no entanto, o que importa é que a nova lei optou por uma solução radical, a qual parece se constituir num esforço de conciliação entre a teoria da pena em concreto e a teoria que inadmitte poder a decisão condenatória “morrer dos trabalhos do parto”.

Diante da nova lei, no primeiro exemplo do item 5 desta despretenciosa exposição, se a denúncia vier a ser recebida a 15/10/77 e a decisão condenatória transitar em julgado para a acusação a 14/11/81, v.g., válida será a condenação aplicada. Dela decorrerão todos efeitos penais e civis, salvo, quanto aos primeiros, a possibilidade de execução da própria condenação, posto que prescrita estará a pretensão executória da pena principal, eis que então terão decorrido mais de quatro anos desde o recebimento da denúncia até o trânsito em julgado, para a acusação, da decisão.

O apelo do réu, no entanto, se houver, deverá ser apreciado pelo Tribunal de segundo grau, diversamente do que se passa sob a égide da orientação agasalhada na Súmula n.º 146.

¹⁵ Conferir, principalmente, *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 13, p. 208 e v. 36, p. 17.

¹⁶ Prescrição penal e trânsito em julgado, *in Ciência Penal*, v. 1, p. 120.

É inevitável a conclusão de que em confronto com a orientação que até então vinha sendo adotada pela jurisprudência predominante no país, a nova lei penal cria um gravame para o réu, eis que estabelece uma situação de condenação, antes inexistente. Se assim é, a nova lei penal somente terá aplicação para situações de fato que se cristalizarem após 24/05/77. É o desdobramento lógico do princípio incrustado no art. 153, § 16, da Constituição Federal.