

Paulo Queiroz

e Giovane Santin

PRESCRIÇÃO PENAL

2022

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo 1

PRESCRIÇÃO PENAL

1) INTRODUÇÃO

De um modo geral, a punibilidade dos crimes não é incondicional e tem prazo definido em lei. A punibilidade das infrações penais (crime ou contravenção) não é, pois, absoluta nem eterna, já que o ordenamento jurídico prevê diversas causas que a extinguem. É que nem sempre é possível, necessário ou conveniente punir determinado delito, por mais grave. Ou a lei estabelece condições especiais de extinção da punibilidade, como o cumprimento de um acordo, a reparação do dano ou a retratação de um crime etc.

Além disso, estados democráticos de direito, estados instrumentais ou funcionais, são incompatíveis com teorias absolutistas da pena, próprias de estados absolutistas ou autoritários, que pregam a intervenção penal sem concessões, isto é, independentemente de considerações preventivas ou utilitárias da pena. O direito penal, como a mais violenta forma de controle social, só deve intervir subsidiariamente, como *ultima*

ratio do controle social formal. Os limites do direito penal são os limites do próprio estado.¹

As principais causas extintivas de punibilidade estão previstas no art. 107 do Código Penal: 1) a morte do agente; 2) a anistia, a graça e o indulto; 3) a *abolitio criminis*; 4) a prescrição; 5) a decadência; 6) a perempção; 7) a renúncia do direito de queixa; 8) o perdão na ação penal privada; 9) a retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; 10) o perdão judicial.

Essa relação de causas extintivas de punibilidade é meramente exemplificativa, pois outras há no ordenamento jurídico, tais como: 1) a extinção da punibilidade dos crimes tributários pelo pagamento do tributo (art. 34 da Lei n° 9.249/95); 2) a reparação do dano no peculato culposo (CP, art. 312, §3°); 3) o cumprimento da suspensão condicional do processo e da transação penal (art. 89, §5° e art. 76 da Lei 9.099/95); 4) o cumprimento do acordo de não persecução penal (CPP, art. 28-A, §13); 5) o pagamento do cheque emitido sem provisão de fundos antes do recebimento da denúncia nos crimes de estelionato (Súmula 554/STF); 6) a quitação do débito decorrente de apropriação indébita previdenciária antes do início da ação fiscal (CP, art. 168-A, §2°); 7) a confissão espontânea das contribuições, importâncias ou valores e a prestação das informações devidas à previdência social nos crimes de sonegação de contribuição previdenciária (CP, art. 337-A, §1°) etc.

1. Ver Luigi Ferrajoli. *Direito e razão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

A incidência de uma causa extintiva de punibilidade pressupõe que haja uma infração penal (crime ou contravenção) com todos os seus requisitos: fato típico, ilícito e culpável. A punibilidade não é um requisito do crime, mas sua consequência. Com efeito, do ponto de vista formal, crime é o que a lei define como tal sob ameaça de pena². Mas o tema é controverso, havendo quem defenda que a punibilidade é (nalguns casos especiais) elemento do crime³.

Apesar de pressupor um crime, com todos os seus elementos, já que não se discute (em tese) a punibilidade de fatos atípicos etc., a superveniência de causa extintiva de punibilidade é prejudicial à análise dos requisitos da infração penal. Ou seja, a decisão que decreta extinta a punibilidade inviabiliza, por exemplo, a discussão sobre se a conduta é ou não dolosa, se houve ou não legítima defesa, se o agente incidiu ou não erro de proibição etc.

Também por isso, o conhecimento da prescrição é prejudicial à análise do mérito da ação.

-
2. Sobre o conceito de crime, veja-se Paulo Queiroz. *Direito penal, parte geral*. Salvador: Juspodivm, 2020.
 3. Nesse sentido, Francisco Muñoz Conde, ao se referir às condições objetivas de punibilidade e às escusas absolutórias etc.: “É necessário, pois, a criação, na teoria geral do delito, de uma nova categoria, em que se incluam estes elementos, que também condicionam a imposição da pena em alguns delitos e que não pertencem nem à tipicidade, nem à antijuridicidade, nem à culpabilidade, embora se saiba que essa nova categoria é mais um conjunto desordenado, que não corresponde a uma ideia unitária”. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sergio Fabris editora, 1988, p. 169 e ss.

2) O TEMPO E O DIREITO AO PROCESSO PENAL NO PRAZO RAZOÁVEL

O tempo e o direito sempre estiveram em conflito. É pelo tempo que se define a vigência da lei, o momento do crime, a quantidade da pena ou o período de sua suspensão, a decadência, a preempção, a prescrição, a ordem dos atos processuais ou o prazo para sua realização, etc.

A legitimação do Estado para exercer o direito de punir não autoriza que a atividade jurisdicional se prolongue demasiadamente. O tempo excessivo de duração do processo é aviltante para o acusado na medida em que produz a estigmatização e a degradação de sua identidade pelos traumas sociais e psicológicos causados pela persecução penal – principalmente se for submetido a medidas cautelares.

A duração do processo e da prisão provisória foram objeto de preocupação de Beccaria em 1764 ao afirmar: “Quanto mais pronta for a pena e mais perto seguir o delito, tanto mais justa e útil ela será. Mias justa, porque poupará ao acusado os tormentos de incerteza, tormentos supérfluos, cujo horror aumento para ela na razão da força da imaginação e do sentimento de fraqueza (...). O processo deve ser conduzido sem protelações. Que contraste hediondo entre a indolência de um juiz e a angústia de um acusado! De um lado, um magistrado insensível, que passa os dias no bem-estar e nos prazeres e do outro lado um infeliz que definha, a chorar no fundo de uma masmorra abominável (...) é certo que, quanto menos

tempo decorrer entre o delito e a pena, tanto mais os espíritos ficarão compenetrados da ideia de que não há crimes sem castigo”.⁴

Por outro lado, a rapidez do processo penal tem sido a causa de supressão de direitos e garantias do acusado ao preponderar os interesses daqueles que impulsionam a jurisdição ao inserir no contexto da celeridade e da (in)eficiência a informalização e a economicidade.

A propósito, o Enunciado n. 29 do Fórum Nacional de Juízes Criminais determina que “*a audiência de custódia poderá concentrar os atos de oferecimento e recebimento da denúncia, citação, resposta à acusação, suspensão condicional do processo e instrução e julgamento*”. Verifica-se que a celeridade do processo se torna uma técnica imediata de violação aos direitos fundamentais e de imposição de penas.

É necessária uma adequação do direito ao processo penal no prazo razoável para que o rito processual – que, por si só, constitui uma antecipação da pena, não se prolongue demasiadamente, nem permita acelerações de procedimentos que atropelam direitos e garantias fundamentais.

Segundo Aury Lopes Jr e Gustavo Henrique Badaró o primeiro documento a reconhecer o direito a duração razoável do processo foi a Convenção Euro-

4. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 4ª edição. São Paulo: Atenas, p. 33.

peia dos Direitos do Homem (Convenção de Roma)⁵, ao estabelecer uma regra geral – aplicável em processos de qualquer natureza – em seu artigo 6, §1º:

“Toda pessoa tem o direito que a sua causa seja ouvida com justiça, publicamente, e dentro de um prazo razoável por um Tribunal independente e imparcial estabelecido pela Lei, que decidirá sobre os litígios sobre seus direitos e obrigações de caráter civil ou sobre fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.”

A disposição específica sobre o processo penal foi fixada no artigo 5º, §3º da CEDH, determinando que o descumprimento do julgamento no prazo razoável terá como consequência a liberdade do acusado que se encontrar preso cautelarmente:

“Toda pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1º, c, do presente artigo, deve ser trazida prontamente perante um juiz ou um outro magistrado autorizado pela lei a exercer a função judiciária, e tem o direito de ser julgado em um prazo razoável ou de ser posto em liberdade durante a instrução. O desencarceramento pode ser subordinado a uma garantia que assegure o comparecimento da pessoa à audiência.”

No Brasil, após a Emenda Constitucional n. 45 que acrescentou o §3º e o inciso LXXVIII ao artigo 5º,

5. LOPES JÚNIOR, Aury. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 20.

o direito ao processo no prazo razoável passou a ser uma garantia constitucional que está assim redigida:

“A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Mas é possível quantificar um prazo processual razoável? Qual seria esse limite temporal?

O legislador definiu alguns parâmetros com intuito de impedir dilações processuais indevidas, por exemplo: o artigo 400 do CPP determina que no procedimento comum ordinário a audiência de instrução e julgamento deverá ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias; no procedimento relativo aos processos da competência do tribunal do júri o prazo para encerramento da primeira fase é de 90 (noventa) dias (CPP, art. 412); a Lei n. 12.850/13 que definiu organização criminosa e dispôs sobre a investigação criminal, meios de prova e procedimento criminal fixou, em seu artigo 22, parágrafo único, o prazo de 120 (cento e vinte) dias para o encerramento da instrução.

Contudo, os critérios utilizados para definir se a dilação de prazo é indevida, ou não, são discricionários, com um amplo e impróprio espaço para sua valoração. Aury Lopes Jr ressalta que essa vagueza e indefinição consolidou a doutrina do “não-prazo”, pois deixa um amplo espaço para o julgador definir a duração do processo conforme as circunstâncias do caso.⁶

6. LOPES JÚNIOR, Aury. Direito ao processo penal no prazo razoável (ou quando os juristas acertam contas com Eistein). In: WUNDERLICH, Alexandre. Política Crimi-

Os Tribunais Superiores, por sua vez, adotam referenciais para estabelecer um prazo razoável ao processo penal, tais como: a complexidade da causa, a conduta processual das partes e a forma de agir das autoridades que atuam ou atuaram no processo.⁷ Por exemplo, crimes fiscais ou econômicos praticados por várias pessoas que exigem a realização de perícias contábeis e outras diligências podem justificar a demora processual.

Nos casos que o excesso de prazo for injustificável e o acusado estiver preso preventivamente, restará caracterizada a violação ao artigo 5º, LXXVIII, autorizando a impetração de habeas corpus para que seja concedida sua liberdade até o encerramento do processo. Recentemente, ao julgar o Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 121578/BA, o STJ revogou a prisão preventiva do acusado pela prática de homicídios tentados e consumados ao reconhecer o constrangimento ilegal por excesso de prazo em razão da demora de mais de dois anos para o recebimento da denúncia.⁸

Embora não seja o mais adequado, mas enquanto o legislador não estabelecer um limite para a duração razoável do processo penal, o instituto da prescrição penal representa uma espécie de punição

nal Contemporânea: Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 244.

7. AgRg no RHC 130.334/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/11/2020. HC 603.491/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 03/11/2020.
8. RHC 121.578/BA, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 15/09/2020.

ao Estado pela sua inércia ou excessiva demora na conclusão do processo.⁹ Também será possível extinguir o poder-dever do Estado de executar a pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa fixada na sentença condenatória em razão da demora estatal.

Assim, o prazo prescricional pode ser um parâmetro imposto ao Estado para delimitar o tempo necessário tanto para a persecução quanto para a execução penal enquanto não for definido um marco normativo de duração razoável do processo penal.

3) PRESCRIÇÃO: CONCEITO, FINS ETC.

A prescrição penal é a extinção do poder punitivo estatal em virtude do decurso do prazo legal para o seu exercício válido, podendo atingir tanto o exercício da ação penal quanto a execução da sentença penal condenatória ou da sentença absolutória imprópria (que aplica medida de segurança ao inimputável ou semi-imputável). No primeiro caso, há prescrição da pretensão punitiva ou prescrição da ação; no segundo, prescrição da pretensão executória ou prescrição da condenação.

9. Aury Lopes Jr. entende que os prazos previstos para a ocorrência da prescrição são inadequados para delimitar o prazo razoável de duração do processo por serem excessivos demais. Ainda que seja a prescrição pela pena aplicada, tal prazo está muito além do que seria uma duração razoável do processo. In: WUNDERLICH, Alexandre. Política Criminal Contemporânea: Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 247.

A prescrição é, pois, a extinção da pretensão punitiva ou executória, em razão do decurso do tempo previsto em lei. É uma espécie de pena imposta ao estado em razão da inércia no exercício do poder punitivo.

A prescrição é a mais relevante, a mais complexa, a mais controversa e a mais frequente causa de extinção da punibilidade. E é prova de que, ao contrário do diz o ditado, a justiça tarda e falha¹⁰. Muitas causas concorrem para isso: o excessivo número de tipos penais, a lentidão dos órgãos de repressão penal e do poder judiciário, a ausência de uma boa estrutura desses órgãos, a sistemática violação dos prazos processuais, a falta de racionalidade recursal etc.

Nem todos concordam com a prescrição e sempre houve quem propusesse a sua abolição total ou parcial. Beccaria, por exemplo, dizia que: “os crimes atrozes cuja memória subsiste por muito tempo entre os homens, se os mesmos forem provados, não deve haver nenhuma prescrição em favor do criminoso que se subtrai ao castigo pela fuga. Não é, todavia, o caso dos delitos ignorados e pouco consideráveis: é mister fixar um tempo após o qual o acusado, bastante punido pelo exílio voluntário, possa reaparecer sem recear novos castigos”.¹¹

10. O provérbio diz que a justiça tarda, mas não falha.

11. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo de Oliveira. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1980. p. 77.

O fundamento do instituto é controverso.¹² Mas, como o direito penal é uma dimensão do poder político, a justificação das causas extintivas de punibilidade dependerá inevitavelmente da justificação da própria pena. Como disse Carrara, a prescrição constitui um modo político de extinção da ação¹³ Com efeito, ao admitir certas causas extintivas de punibilidade e, no caso da prescrição, fixar determinado prazo para o exercício do poder punitivo, o Estado considera, segundo critérios de política criminal, que, uma vez excedido aquele período, a pena tornar-se-á desnecessária, não mais se prestando a fins de prevenção geral e/ou especial de delitos. Daí dizer Manzini que “se o poder de punir se justifica exclusivamente pelo critério da necessidade, todo o exercício do poder repressivo será injustificado quando não pareça necessário”.¹⁴

A prescrição é também um instituto que legitima a faculdade do esquecimento, que, como diz Nietzsche, não é só uma *vis inertiae* (força inercial), mas um poder ativo, uma faculdade moderadora, à qual devemos o fato de que tudo quanto nos acontece na vida, tudo quanto absorvemos, se apresenta à nossa consciência durante o estado da “digestão”, razão pela qual nenhuma felicidade, nenhuma serenidade, nenhuma esperança, nenhum prazer poderia existir sem o esquecimento.¹⁵

12. Sobre o assunto, veja-se: PORTO, Antônio Rodrigues. *Da Prescrição Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

13. Apud Rodrigues Porto, *Da prescrição penal*, cit., p. 8.

14. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1950, v. 5, p. 147.

15. A genealogia da moral. São Paulo: Centauro, 2004. p. 28.

Com passar do tempo, não só o esquecimento concorre para legitimar a prescrição, mas diversas outras causas: o perecimento dos elementos de prova do delito, a eventual reintegração social do autor do crime, a idade do agente etc.

4) A PRESCRIÇÃO É DECRETÁVEL DE OFÍCIO

A prescrição é matéria de ordem pública, razão pela qual pode e deve ser decretada pelo juiz ou tribunal com ou sem provocação das partes – de ofício – e a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição. E como constitui questão prejudicial ao conhecimento do mérito do processo, o eventual recurso não terá seguimento se a prescrição for previamente reconhecida, por falta de interesse recursal. Assim, por exemplo, quando a defesa apelar da condenação, a apelação não será conhecida se o juiz ou tribunal reconhecer a prescrição previamente.

Por que a decretação da prescrição prejudica o conhecimento e o julgamento de um recurso? Eis algumas razões para tanto: 1) a extinção da punibilidade há de prevalecer sobre a discussão de todo e qualquer tema, por mais relevante; 2) como a condenação prescrita (como regra) não produz efeitos penais ou civis, não faz sentido apreciar recurso algum (da acusação ou da defesa), por falta de interesse recursal, já que a sentença não causa um gravame juridicamente relevante à parte; 3) se, com a decretação da prescrição, o tribunal (em recurso da acusação) não pode condenar o réu, tampouco poderá absolvê-lo (em caso de recurso da acusação ou da defesa); 4) em geral, o próprio réu,

tão logo reconhecida a prescrição, não tem interesse algum na apreciação do recurso que interpôs; 5) se não fosse assim, a prescrição seria um instituto grandemente inútil; 6) razões práticas recomendam a não apreciação de recursos relativos a condenações já prescritas; 7) é preciso dar uma solução prática e objetiva ao tema, evitando casuísmos.

Apesar disso, é razoável admitir-se, em casos extremos, recurso do réu que pretenda provar sua inocência – e só nessa hipótese –, visto que a decisão que decreta a prescrição sempre deixa em dúvida a culpabilidade do acusado, podendo macular a sua reputação gravemente. Afinal, sempre se poderá dizer que ele não foi absolvido, mas beneficiado pela prescrição. Imagine-se, por exemplo, a situação do pai injustamente acusado de abusar sexualmente dos próprios filhos, que, embora alegasse desde sempre inocência, teve sua apelação não conhecida em razão de prescrição.

Em suma, nesse caso excepcional há interesse juridicamente relevante a justificar o conhecimento e o julgamento do recurso, apesar de já decretada a prescrição.

Também por isso, é cabível revisão criminal nesse caso específico.

5) CRIMES IMPRESCRITÍVEIS

Como regra, todos os crimes (e contravenções) são prescritíveis, de ação penal pública ou privada, hediondos ou não. A Constituição previu, no entanto, uma exceção, ao declarar imprescritíveis: a prática do