

Paulo Queiroz  

---

e Giovane Santin

# PRESCRIÇÃO PENAL

2.<sup>a</sup>  
edição

Revista e atualizada

2024

 EDITORA  
*Jus*PODIVM

[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## Capítulo 2

# PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

### 1) PRESCRIÇÃO *ORDINÁRIA* DA PRETENSÃO PUNITIVA

A prescrição ordinária da pretensão punitiva ou prescrição da ação ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal e tem como parâmetro o máximo de pena cominada ao delito imputado na denúncia ou na queixa, já que não se sabe qual pena será aplicada ao respectivo delito.

Na fase de investigação, a prescrição tomará como referência a tipificação feita na portaria de instauração do inquérito ou na decisão de indiciamento do investigado. Com a prolação da sentença, a tipificação aí admitida passará a regular a prescrição, inclusive se houver *emendatio* ou *mutatio libelli*.

Quando houver imputação de crime único, com incidência dos princípios da especialidade, consunção ou subsidiariedade, aplicáveis ao conflito aparente de tipos penais, a prescrição do crime prevalecente atingi-

rá os demais delitos. Assim, por exemplo, a prescrição do crime de estelionato (CP, art. 171) alcançará o delito de falsidade (CP, art. 297), se tiver sido imputado como parte do primeiro. Ou seja, a prescrição do crime-fim atingirá o crime-meio, adotando-se o princípio da consunção também aqui.

Além disso, no caso de condenação, as infrações penais prescritas não podem servir para agravar ou aumentar a condenação pelos delitos não prescritos, sob pena de violação do princípio da legalidade dos crimes de das penas.

A prescrição ordinária será contada da data do fato à data do recebimento da denúncia ou da queixa, se e quando houver, decisão judicial que interrompe o curso da prescrição. Também poderá ocorrer entre o dia em que se deu o recebimento da denúncia/queixa e a publicação da sentença.

Repetindo o exemplo da primeira hipótese: A, menor de 21 anos, pratica, em 20 de maio de 2015, crime de furto simples (CP, art. 155, *caput*), vindo o inquérito policial a ser concluído somente em 21 de maio de 2019. Nesse caso, o Ministério Público deverá determinar o seu arquivamento, em virtude da prescrição, que é de 4 anos, uma vez que, embora a pena máxima cominada ao crime não exceda a 4 anos, com prescrição em 8 anos (CP, art. 109, IV), deve ser reduzida de metade, por força da idade do agente na data do crime (CP, art. 115).

Exemplo da segunda hipótese, alterando-se alguns dados da primeira: A, menor de 21 anos, pratica,

em 20 de maio de 2015, crime de furto simples (CP, art. 155, *caput*), com denúncia recebida em 25 de maio de 2015. Apesar disso, a instrução do processo só foi concluída em 26 de maio de 2019. Nesse caso, o juiz deverá decretar a prescrição, que é de 4 anos, uma vez que, embora a pena máxima cominada ao crime não exceda a 4 anos, com prescrição em 8 anos (CP, art. 109, IV), deve ser reduzida de metade, por força da idade do agente na data do crime (CP, art. 115). Houve prescrição porque transcorreram mais de 4 anos entre a data do recebimento da denúncia e a conclusão da instrução.



## 2) PRESCRIÇÃO EXTRAORDINÁRIA: RETROATIVA E SUPERVENIENTE

Como vimos, a prescrição extraordinária, que compreende a prescrição retroativa e superveniente, é regulada com base na pena aplicada na sentença. Aqui a pena máxima cominada é irrelevante.

Ambas as formas de prescrição pressupõem que haja sentença condenatória e, mais, que tenha ocorrido preclusão do direito de apelar ou de recorrer por

parte do órgão da acusação, isto é, o Ministério Público ou o querelante. Em suma, a pena aplicada na sentença não é passível de ser aumentada, nem o prazo prescricional (*ne reformatio in pejus*), seja porque não houve recurso do MP, seja porque não foi admitido/provido etc.

Daí se dizer, embora incorretamente, que a prescrição extraordinária exige *trânsito em julgado* da sentença para a acusação. O correto é dizer-se que essa modalidade de prescrição pressupõe preclusão do direito de apelar/recorrer, não necessariamente trânsito em julgado para a acusação. Voltaremos a esse assunto.

As prescrições retroativa e superveniente têm em comum, portanto, o fato de pressupor a prolação de uma sentença condenatória não reformável contra o condenado. A possibilidade de reforma da sentença em favor do réu é irrelevante para a sua verificação.

O que as distingue? Isso: a prescrição retroativa é contada da sentença para trás, considerando o decurso dos prazos entre as causas interruptivas, ou seja, é contada entre a sentença e a decisão de recebimento da denúncia ou da queixa. Contamo-la, pois, retroativamente à sentença. Por sua vez, a prescrição superveniente (subsequente ou intercorrente) é contada para frente, isto é, a partir da sentença condenatória e a próxima causa interruptiva. Contamo-la, pois, supervenientemente à sentença.

A prescrição extraordinária (retroativa ou superveniente), que pressupõe a prolação de sentença ou

acórdão condenatório, já que é regulada com base na pena aplicada, pode ocorrer nas seguintes hipóteses (em todos os casos é impossível mudar o prazo prescricional em prejuízo do réu): a) não interposição de apelação/recurso por parte da acusação; b) não conhecimento/provimento de recurso interposto pela acusação; c) interposição de recurso do MP para atenuar a pena do condenado ou para absolvê-lo; d) interposição de recurso da acusação que, se provido, aumentará a pena, mas não aumentará o prazo de prescrição.

Assim, por exemplo, se o MP apelar da sentença apenas para reconhecer a continuidade delitiva (CP, art. 71). É que, nesse caso, a pena poderá ser aumentada, mas qualquer que seja o aumento, não haverá mudança do prazo de prescrição, pois, de acordo com a Súmula 497 do STF, “Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação”.

Exemplo de prescrição retroativa: Crime de lesão corporal leve (CP, art. 129, *caput*) ocorrido em 11/5/2017. A denúncia foi recebida no dia 6/6/2017, com sentença publicada em 6/7/2020, aplicando pena de 10 meses de detenção. O MP não apelou. Embora não tenha havido prescrição (ordinária) da pretensão punitiva, que ocorreria em quatro anos, houve prescrição retroativa, pois, entre a data do recebimento da denúncia e a sentença decorreram mais de 3 anos, que é o prazo prescricional com base na pena concreta (10 meses).



*Mutatis mutandis*, ocorreria prescrição superveniente se, tendo sido publicada a sentença em 6/10/2017, com preclusão do direito de apelar para a acusação, o tribunal viesse a julgar apelação da defesa somente em 6/11/2020. Em tal caso, dever-se-ia decretar a prescrição superveniente entre a data da publicação da sentença e a sessão de julgamento do recurso.



Ou seja, a prescrição retroativa, como o próprio nome diz, retroage à data da sentença – conta-se para trás; e a superveniente sobrevém à sentença – conta-se para frente, adotando-se os mesmos critérios:

pena aplicada na sentença, preclusão recursal para a acusação etc.

Já vimos que em 5 de maio de 2010 entrou em vigor a Lei nº 12.234, que modificou a prescrição quanto ao seguinte: a) aumentou o prazo mínimo de prescrição, de 2 (dois) anos, para 3 (três) anos, se o máximo da pena cominada for inferior a 1 (um) ano; b) vedou a contagem da prescrição (retroativa) entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia. E por se tratar de lei prejudicial ao réu, só poderá ser aplicada às infrações penais cometidas posteriormente à sua entrada em vigor, em razão do princípio da irretroatividade da lei penal.

Não houve, portanto, extinção da prescrição *retroativa*, que subsistiu, mas já agora somente é possível entre a decisão de recebimento da denúncia e a sentença.

Não cabe mais falar, por conseguinte, de prescrição retroativa entre a data da consumação do crime e a decisão de recebimento da denúncia ou queixa. Entre um marco e outro, só é possível atualmente prescrição da pretensão punitiva ordinária, regulada com base na pena máxima cominada.

### **3) CAUSAS DE AUMENTO E DE DIMINUIÇÃO DA PENA**

As causas de aumento e de diminuição de pena devem ser consideradas para efeito de prescrição. No entanto, como veremos, o aumento de pena decorrente do concurso formal de crimes e da continuidade

delitiva não conta para efeito de prescrição. No caso de concurso material, cada crime prescreve isoladamente. Ou seja, as penas não são somadas para fins prescricionais.

Quando incidirem causas de aumento de pena, é preciso distinguir: quando se tratar de limite fixo (*v. g.*, aumento de metade), a prescrição regular-se-á pelo máximo da pena cominada ao crime com o aumento decorrente da incidência da causa de aumento; quando se tratar de limite variável (*v. g.*, aumento de 1/3 a 2/3), a prescrição regular-se-á pelo máximo da pena cominada ao crime acrescentado do aumento máximo previsto (no caso, 2/3).

Tomemos como exemplo o crime de roubo. No caso de roubo majorado pelo concurso de pessoas, o prazo da prescrição em abstrato deverá ser definido da seguinte forma: a pena máxima prevista no artigo 157, *caput*, do CP, que são dez anos de reclusão, somada à maior fração de aumento referida no §2º, inciso II, do CP, que corresponde à metade. O resultado será uma pena máxima de 15 anos, cujo prazo prescricional, nos termos do artigo 109, I, do CP, é de 20 anos. Veja-se:

- Roubo majorado pelo concurso de pessoas: Art. 157, § 2º, inciso II, do CP.
- Pena máxima: 10 anos.
- Maior fração da majorante:  $\frac{1}{2}$ .
- Pena máxima em abstrato: 10 anos +  $\frac{1}{2}$  = 15 anos.
- Prazo prescricional regulado pela pena máxima cominada: 20 anos (art. 109, inciso I, do CP).

Quando incidir causa de diminuição de pena, dar-se-á o contrário, isto é, abater-se-á do máximo da pena cominada ao crime o mínimo previsto de diminuição. Assim, na hipótese de crime tentado (CP, art. 14, II, parágrafo único), em que se prevê diminuição de um terço a dois terços de pena, reduzir-se-á da pena máxima o mínimo de um terço. Quando se tratar de limite fixo (metade etc.), não há dificuldade, uma vez que será diminuído esse *quantum*.

Assim, por exemplo, para definir o prazo da prescrição de um furto simples tentado (CP, art. 155, *caput*, c/c art. 14, II), deve ser realizada a seguinte análise: a pena máxima prevista no artigo 155, *caput*, do CP, que é de quatro anos de reclusão, será diminuída de um terço – que corresponde à menor fração de redução prevista no artigo 14, II, parágrafo único, do CP - perfazendo a pena de dois anos e oito meses de reclusão. Por isso, a prescrição ocorrerá em oito anos, conforme art. 109, IV, do CP. Confira-se:

- Tentativa de furto: Art. 155 combinado com o artigo 14, II, parágrafo único, do CP.

- Pena máxima: 4 anos.

- Menor fração da minorante:  $1/3$ .

- Pena máxima em abstrato:  $4 \text{ anos} - 1/3 = 2 \text{ anos e } 8 \text{ meses}$ .

- Prazo prescricional regulado pela pena máxima em abstrato: 8 anos (Art. 109, IV, do CP).

Como se vê, prevalece sempre, para todos os casos, o prazo máximo de prescrição possível, regulado que é segundo o critério da mais alta pena cabível.

Já as circunstâncias judiciais (CP, art. 59) e legais (agravantes e atenuantes) são irrelevantes para efeito de prescrição da pretensão punitiva (ordinária), uma vez que já é regulada com base na pena máxima cominada, a qual não pode ser majorada para além do máximo, ainda que presentes tais circunstâncias. No entanto, no caso de prescrição extraordinária (retroativa e superveniente) ou executória, que são reguladas com base na pena aplicada, deve ser tomada em conta a pena definitiva, não a pena-base ou provisória, e, portanto, já agora as circunstâncias judiciais e legais contam para esse efeito.

Como vimos, no caso de o agente ser menor de 21 anos à época do crime ou maior de sentença na data da sentença (CP, art. 115), os prazos prescricionais deverão ser reduzidos pela metade.

#### **4) PRESCRIÇÃO E CONCURSO DE CRIMES**

O Código Penal prevê três espécies de concurso de crimes: formal, material e continuidade delitiva (arts. 69 a 71).

Havendo concurso de crimes, as penas não serão somadas para efeito de prescrição, de modo que cada crime prescreverá isoladamente, considerando o máximo de pena cominada ou aplicada na sentença (CP, art. 119). É que, ao regular a prescrição, o Código Penal desprezou a disciplina do concurso de crimes. Poder-se-ia mesmo dizer: para efeito de prescrição, não existe concurso de crimes.

É preciso fazer, porém, a seguinte distinção: a prescrição ordinária, regulada pela máxima cominada, levará em conta a pena máxima cominada a cada delito, isoladamente.

Por sua vez, a prescrição extraordinária e a prescrição da pretensão executória, que são reguladas pela pena aplicada na sentença, considerarão a pena imposta, desprezando-se o aumento decorrente da continuidade delitiva ou do concurso formal de crimes.

No concurso material de infrações, cada infração prescreverá autonomamente.

#### 4.1) Concurso material de crimes

No concurso material de crimes (CP, art. 69), há vários crimes e várias penas, que, no caso de condenação, serão somadas, isto é, as penas deverão ser aplicadas cumulativamente. Assim, no caso de o agente ser condenado pelos crimes de homicídio (CP, art. 121) e de ocultação de cadáver (CP, art. 211), as penas serão somadas, digamos, 12 anos de reclusão para o primeiro e 2 anos de reclusão para o segundo, totalizando-se 14 anos de reclusão.

Apesar disso, a soma de penas (14 anos de reclusão) não será considerada para efeito de prescrição, pois cada crime prescreverá (ou não) isoladamente, como se não houvesse concurso material. Conseqüentemente, a condenação por homicídio prescreverá (em tese) em 16 anos (CP, art. 109, II) e a condenação por ocultação de cadáver em 4 anos (CP, art. 109, V),

considerando as respectivas causas interruptivas e suspensivas de prescrição.



Ou seja, havendo concurso material de crimes, a prescrição será regulada pela pena cominada ou aplicada a cada crime, isoladamente (CP, art. 119), a depender do tipo de prescrição em análise.

No caso de prescrição ordinária, regulada com base nas penas cominadas, a imputação de homicídio prescreveria em 20 anos (CP, art. 109, I) e a de ocultação de cadáver prescreveria em 8 anos (CP, art. 109, IV), separadamente.

#### 4.2) Concurso formal de crimes

No concurso formal (CP, art. 70), o agente, mediante uma única ação ou omissão, comete dois ou mais crimes (v.g., dá causa a um acidente de trânsito, ferindo ou matando várias pessoas). Nesse caso, responderá por um só crime (o mais grave) com pena aumentada.

Também aqui o aumento decorrente do concurso é irrelevante para efeito de prescrição. Assim, no

caso de condenação por um homicídio culposo com aumento de pena de metade, esse acréscimo de pena decorrente do concurso formal não será considerado para fim de prescrição.

Na hipótese de prescrição ordinária, que é regulada pela pena máxima cominada, cada crime prescreverá isoladamente, como se não houvesse concurso. Se, no caso do acidente, por exemplo, houvesse um homicídio culposo e várias lesões corporais culposas, a prescrição se daria nos seguintes prazos: o homicídio (art. 302, *caput*, do Código de Trânsito) em 8 anos e as lesões corporais (art. 303, *caput*, do Código de Trânsito) em 4 anos.

Os crimes prescritos não poderão ser considerados para efeito de aumento de pena, no concurso formal ou na continuidade delitiva, sob pena de violação ao princípio da legalidade dos crimes e das penas.

#### 4.3) Continuidade delitiva

Na continuidade delitiva (CP, art. 71), há, a rigor, um concurso material de crimes, mas o Código Penal trata, por razões de política criminal, como se fosse um só crime, desde que presentes os requisitos que a lei exige, acrescentando-lhe um aumento de pena. Ou seja, os delitos subsequentes são havidos como se fossem mera continuação do primeiro. Assim, por exemplo, quem, de posse de 10 cédulas falsas de R\$ 200,00, as coloca em circulação numa mesma noite em estabelecimentos comerciais distintos responderá (em tese) por um só crime de moeda falsa

(CP, art. 289, §1º), com pena aumentada na forma do art. 71 do CP.

Pois bem, no caso de prescrição extraordinária e prescrição da pretensão executória, que são reguladas com base na pena aplicada na sentença, é irrelevante o aumento decorrente da continuidade delitiva. De acordo com a Súmula 497 do STF: “Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuidade delitiva”.

Assim, no citado exemplo da moeda falsa, supondo-se que o réu tenha sido condenado a 5 anos de reclusão, sendo 4 anos de reclusão pelo primeiro delito (ou o mais grave) e 1 ano de reclusão pela continuidade delitiva, a prescrição ocorreria em 8 anos, não em 12 anos, visto que o aumento de um ano da continuidade delitiva não importa.

#### **4.4) Questões práticas sobre concurso de crimes**

O agente é acusado de três crimes de furto em continuação delitiva nos dias 10, 12, 20 de maio de 2012. A denúncia foi recebida em 25 de agosto de 2013 e a sentença condenatória publicada em 18 de outubro de 2017, cuja pena foi fixada em 2 anos de reclusão mais o aumento de  $\frac{1}{4}$  pela incidência da regra prevista no artigo 71 do Código Penal, perfazendo 2 anos e 6 meses de reclusão. A sentença transitou em julgado para ambas as partes no dia 25 de maio de 2019. Houve prescrição?

Por se tratar de crime continuado, o prazo prescricional será regulado pela pena aplicada na sentença sem o acréscimo decorrente da pluralidade de resultados, qual seja: 2 anos. Assim, nos termos do artigo 109, inciso V, do Código Penal, o prazo prescricional será de 4 anos, não 8 anos, o qual transcorreu entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença. Houve, pois, prescrição retroativa de todos os delitos.



Como vimos, o Código Penal determina a análise isolada do prazo prescricional para cada um dos delitos. Isso significa que o prazo prescricional começa a correr separadamente para cada um dos crimes na data em que se consumou (CP, art. 111, I) e só vai ser interrompida pelo recebimento da denúncia.

Suponha que o agente tenha praticado três crimes de dano simples (CP, art. 163, *caput*) nos dias 5, 12 e 30 de agosto de 2016 e a denúncia foi recebida em 20 de agosto de 2019. Nesse caso, a prescrição será regulada pela pena máxima prevista e também incidirá sobre cada um dos crimes separadamente. Veja-se:

- Pena máxima: 6 meses.
- Prazo prescricional: 3 anos.



- Primeiro fato consumado em 5 de agosto de 2016. Recebimento da denúncia em 20 de agosto de 2019. Houve prescrição ordinária da pretensão punitiva.

- Segundo fato consumado em 12 de agosto de 2016. Recebimento da denúncia em 20 de agosto de 2019. Houve prescrição ordinária da pretensão punitiva.

- Terceiro fato consumado em 30 de agosto de 2016. Recebimento da denúncia em 20 de agosto de 2019. Não houve prescrição ordinária da pretensão punitiva, devendo o processo prosseguir tão somente em relação a esse crime.

Com relação à dosimetria da pena no concurso formal e no crime continuado, o juiz deve aplicar individualmente as penas relativas a cada um dos fatos, sob pena de impossibilitar o conhecimento da pena correspondente aos delitos praticados e, conseqüentemente, a análise da ocorrência (ou não) da prescrição.

## 5) PRESCRIÇÃO ANTECIPADA OU EM PERSPECTIVA?

Discute-se se é possível a decretação da prescrição antes de sua ocorrência efetiva quando for provável que ela ocorra, em razão das circunstâncias do caso: tempo decorrido, ausência de antecedentes do réu e provável pena a ser aplicada. Questiona-se então: dada a provável ocorrência de prescrição, não seria razoável que o juiz a decretasse desde já, evitando-se um processo inútil?

A prescrição antecipada seria, portanto, o seu prévio reconhecimento com base numa pena hipotética, considerando que a eventual condenação implicaria, provavelmente, a prescrição retroativa da pretensão punitiva<sup>1</sup>.

Na doutrina o tema é controverso; mas está pacificado na jurisprudência no sentido da sua impossibilidade, conforme dispõe a Súmula 438 do STJ: “é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

Diversos são os argumentos invocados contra a prescrição fundada em pena hipotética: ausência de previsão legal, violação ao princípio de presunção de inocência, fundamentação em dado aleatório, possibilidade de mudança da tipificação penal etc.

---

1. LOZANO JR., José Júlio. *Prescrição penal*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 181.