

INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO

**A PRESCRIÇÃO COMO UM INSTITUTO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E SUAS PARTICULARIDADES**

THAIS DO CARMO MATIAS OLIVEIRA

SÃO MATEUS- ES

2015

THAÍS DO CARMO MATIAS OLIVEIRA

**A PRESCRIÇÃO COMO UM INSTITUTO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E SUAS PARTICULARIDADES**

Monografia apresentada como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, da Faculdade Vale do Cricaré, elaborado sob a orientação do Prof. Juliano Oliveira Almeida

SÃO MATEUS- ES

THAIS DO CARMO MATIAS OLIVEIRA

**A PRESCRIÇÃO COMO UM INSTITUTO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NO
ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E SUAS PARTICULARIDADES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em ____ de Dezembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA

PROF.

FACULDADE VALE DO CRICARÉ

PROF.

FACULDADE VALE DO CRICARÉ

PROF.

FACULDADE VALE DO CRICARÉ

Agradeço primeiramente AQUELE que é a razão da minha existência, AO ETERNO, meu JESUS CRISTO, sem o qual , eu jamais eu teria tido a oportunidade de chegar até aqui, pois foi Ele quem me sustentou ao longo destes anos e me inspirou a continuar sonhando. ELE é ANTES de tudo na minha vida. Agradeço ao meu querido e amado esposo, enviado de Deus pra mim, benção na minha vida, o meu grande amor, um espelho pra mim, meu amor por ele aumenta-se a cada novo amanhecer. O apoio dele foi essencial para cada vitória obtida. Sou grata também aos meus queridos pais que tanto amo, pois lutaram comigo ao longo destes cinco anos, me oferecendo grande apoio, vencendo cada obstáculo junto comigo, sempre acreditando em mim. Enfim, agradeço aos meus irmãos pelo carinho e pela torcida, e a querida avó que tanto amo.

Dedico este trabalho àquela que me gerou e que sabiamente me educou e me ensinou o caminho perfeito, que é o segundo a Palavra de Deus, minha amada mãe e ao meu querido pai.

“O caminho de Deus é perfeito; a palavra do SENHOR é provada; é um escudo para todos os que nele confiam”.

Salmos 18:30

“O temor do Senhor é o princípio da sabedoria, e o conhecimento do Santo é entendimento.”

Provérbios 9:10

RESUMO

A prescrição é conceituada pela doutrina como a perda do direito de punir do Estado, pelo fato deste permanecer inerte em um determinado lapso de tempo. A prescrição divide-se em prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória. Aquela por sua vez, subdivide-se em prescrição da prescrição retroativa e prescrição da pretensão punitiva superveniente, trata-se de espécies de prescrição em concreto. A prescrição é uma matéria de ordem pública, logo, deve ser conhecida em qualquer fase do processo e de ofício pelo juiz. Quanto a necessidade da subsistência deste instituo, há aqueles que defendem a tese de que a prescrição não deve ser analisada sob a ótica da existência de um direito do Estado, tendo em vista que este não possui qualquer direito, apenas deveres, deveres estes que se consubstanciam na administração dos direitos daqueles que o formam. Não obstante tal posicionamento, a doutrina ensina que o decurso do tempo faz desaparecer a periculosidade do agente, logo, não haveria mais razão de uma punição após um determinado lapso de tempo, haja vista que os estado psicológico do ser humano altera-se com o passar do tempo. Assim, aceitar a hipótese da imprescritibilidade dos crimes, salvo as hipóteses previstas na Constituição Federal, estar-se-ia permitindo a punição a um individuo diverso daquele ao qual efetivamente cometera o crime. Desta forma, o presente trabalho de conclusão de curso abordará os principais debates existentes em torno do instituto da prescrição e as principais críticas quanto a alterações legislativas, com fundamentos a preceitos constitucionais.

Palavras chaves: Prescrição, Penal, Processo Penal, Pretensão.

SUMÁRIO

RESUMO.....	06
INTRODUÇÃO.....	09
1 CONCEITO, CONTROVÉRSIAS E TEORIAS FUNDAMENTADORAS DA PRESCRIÇÃO.....	10
2 ORIGEM DA PRESCRIÇÃO, SEU DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E A POLÊMICA DO INCISO V DO ART. 111 DO CÓDIGO PENAL.....	15
3 ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO	21
3.1 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.....	21
3.1.1 Prescrição da pretensão punitiva abstrata.....	22
3.1.1.1 Como encontrar o prazo prescricional.....	22
3.1.2 Prescrição da pretensão punitiva retroativa.....	23
3.1.2.1 A inconstitucionalidade da supressão de parcela da prescrição retroativa.....	26
3.1.2.2 A violação ao princípio da proporcionalidade e a restrição de parcela da prescrição retroativa.....	30
3.1.2.3 A duração razoável do processo como uma garantia constitucional transgredida.....	36
3.1.3 Prescrição da pretensão punitiva intercorrente.....	41
3.2 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA.....	42

4 TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO.....	44
4.1 DA PRETENSÃO PUNITIVA.....	44
4.2 DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA.....	45
5 CAUSAS SUPENSIVAS OU IMPEDITIVAS DA PRESCRIÇÃO.....	49
5.1 CAUSAS INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO.....	50
5.2 CAUSAS INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA.....	52
5.2.1 Interrupção da prescrição pela reincidência.....	53
6 O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO E A PRESCRIÇÃO VIRTUAL.....	55
7 A SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL DO ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM VIRTUDE DE CITAÇÃO FICTA E A SÚMULA 415 DO STJ.....	59
8 CONCLUSÃO.....	62
9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	64

INTRODUÇÃO

Primeiramente, cumpre mencionar que como se é sabido, que a prescrição constitui-se em um instituto jurídico, que quando existente, ocasiona a extinção da punibilidade. O Art. 107 do Código Penal expõe todas as causas de extinção da punibilidade. De forma específica, a prescrição ocasiona a perda da pretensão punitiva do Estado, ou a depender do caso, a perda da pretensão executória do Estado.

Desta forma, o presente trabalho abordará de forma pormenorizada, as principais características deste instituto. Instituto este, que cuja presença não pode ser considerada incomum no cotidiano forense, seja no âmbito civil, consumerista ou penal. Neste caminho, o estudo deste instituto se faz necessário, afim de que além de se aprender o modo de sua aplicabilidade e o porquê de sua existência, sejam analisadas as principais peculiaridades e mutações legislativas geradoras de críticas em prol da defesa de princípios constitucionais e principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, o corolário de todos os preceitos e princípios fundamentais de defesa dos direitos humanos.

Ao se estudar este trabalho, será observada a exposição de críticas quanto às alterações legislativas realizadas sobre a prescrição e a sua evolução ao longo da história da humanidade.

Nesta toada, esta obra constitui-se em uma pesquisa bibliográfica, com base na doutrina penalista, processualista e constitucionalista brasileiras, com exposições analíticas das principais características da prescrição, envolvendo seus aspectos históricos e as alterações legislativas realizadas neste instituto.

1 CONCEITO, CONTROVÉRSIAS E TEORIAS FUNDAMENTADORAS DA PRESCRIÇÃO.

A doutrina conceitua prescrição como a perda do direito de punir do Estado pelo sua inércia em um determinado intervalo de tempo. Após este lapso temporal, não existe mais interesse estatal em punir o infrator, entende-se que ele se readapta à vida social. Esta prescrição denomina-se de prescrição da pretensão punitiva. Existe ainda a prescrição da pretensão executória que é a perda de executar uma punição já imposta.

Trata-se a prescrição de uma matéria de ordem pública, devendo ser conhecida em qualquer fase do processo e de ofício pelo juiz é o que dispõe o Art. 60 do Código de Processo Penal: "Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-la de ofício".

Antes de se adentrar ao tema em questão, é necessário elucidar algumas considerações a cerca da diferenciação da prescrição com outros institutos que também extinguem a punibilidade, quais sejam alguns deles, a decadência e a perempção.

A decadência atinge diretamente o direito de ação, ou seja, trata-se de um direito subjetivo que o indivíduo tem de exigir do Estado a realização da prestação jurisdicional. Além disso, só irá ocorrer nos crimes de ação penal privada e nos crimes de ação penal pública condicionada a representação e sempre ocorre antes da ação penal. Nos termos do Art. 38 do Código Penal, o direito de queixa e de representação decairá no prazo de 6 (seis) meses, contados da data da ciência da autoria ou no caso de ação penal privada subsidiária da pública, do dia em que se esgotar o prazo para oferecimento da denúncia :

Art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

Ao contrario da decadência, a prescrição atinge diretamente o direito de punir do Estado ou de executar a pena. A prescrição pode ocorrer em qualquer tipo de ação penal, tanto na ação penal pública condicionada à representação quanto na

ação penal pública incondicionada, bem como na ação penal privada. Além disso, a prescrição pode ocorrer em qualquer momento, até mesmo após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, diferentemente da decadência que só ocorre antes da ação penal.

A perempção por sua vez, atinge o direito de prosseguir na ação e só ocorre nos crimes de ação penal privada. Isto porque, nas ações penais públicas, prevalece o princípio da Indisponibilidade, não podendo o Ministério Público desistir da ação penal. Nos crimes de ação penal Privada, entretanto, prevalece o princípio da Disponibilidade, logo, o particular possui o direito de desistir da ação da penal.

Nesse sentido, Busato (2013, p. 587) declara que a doutrina moderna tem afirmado que a norma penal incriminadora faz nascer o direito de punir do Estado, pois é ela quem gera este direito para o Estado e quando a sentença penal condenatória transita em julgado, surge para ele, o Estado, o direito de executar a pena.

Este mesmo respeitável doutrinador discorda da maneira pela qual o instituto da prescrição é disceminado, pois afirma que o Estado não é portador de qualquer direito, logo não é sujeito de direitos. O Estado é apenas um administrador dos direitos daqueles que o formam, logo possui apenas deveres. Nesse sentido complementa ainda Busato (2013, p. 588): “As exigências que por seu intermédio são feitas aos cidadãos apenas se justificam na exata medida em que componham demanda de outros cidadãos, ainda que indiretamente”.

No que tange a esta crítica, afirma ainda Busato (2013, p. 588):

“Não é aceitável que um Estado persiga quaisquer objetivos em favor de si próprio e contra os cidadãos. Um Estado dessa ordem é usurpador dos direitos daqueles que o compõe e, portanto, é inviável como Estado, tratando-se, na verdade, de uma instituição fadada a desaparecer. A razão é bastante simples, e de uma ordem lógica: é absolutamente permitido aos cidadãos desistirem de seu vínculo com qualquer Estado, migrando, naturalizando-se, enfim, negando sua vinculação com ele. O oposto não é verdadeiro. O Estado não se faz à margem de indivíduos. No momento em que não haja cidadãos, simplesmente não existe Estado. A recíproca, porém, não é verdadeira.

Por tais razões, não se aceita o uso das expressões *jus punitonis* e *jus executionis*, geralmente associados ao estudo da prescrição”.

Seguindo ainda este mesmo raciocínio, Paulo Cezar Busato (2013) entende que o sistema penal tem por finalidade o cumprimento de deveres e não o exercício

de direitos. O Estado impõe sanções, por meio do sistema penal, castiga e pune. É inadmissível que a produção desse mal seja considerada um direito de alguém, tão pouco do Estado. Afirma ainda que o exercício da atividade de controle social do intolerável por meio do sistema penal não é um direito, mas um dever. Um dever de proteger os cidadãos contra agressões intoleráveis a bens jurídicos fundamentais. Essa é a finalidade do Estado e foi para isso que ele foi criado, logo não há que se falar em direito de punir nem direito de executar penas.

Em linha oposta, Paulo Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 983) explana os fundamentos que ao menos, politicamente fundamentam a legitimidade do instituto da prescrição. Desta forma, será exposta cada uma destas fundamentações:

a) O decurso do tempo leva ao esquecimento do fato: Segundo Giulio Battaglini (apud, BITTENCOURT, 2012, p. 983), o instituto da prescrição “cessa a exigência de uma reação contra o delito, presumindo a lei que, se o tempo não cancela a memória dos acontecimentos humanos, pelos menos atenua ou a enfraquece”. Para o respeitável doutrinador Bitencourt (2012), o alarme social é o fator determinante para que o Estado não se mantenha inerte na repressão dos crimes, logo quando diante do decurso de um determinado lapso temporal, o Estado não exerce essa repressão, o alarme social restará amenizado, irá desaparecer pouco a pouco.

Neste mesmo sentido, entende outros doutrinadores, dentre os tais BUSATO (2013, p. 591) “ que a passagem do tempo contribui para o esquecimento do fato criminoso por parte da sociedade”. Vislumbra-se aqui a presença da Teoria do Esquecimento.

b) O decurso do tempo leva à recuperação do delinquente: Entende-se que o decurso do tempo sem a ocorrência da punição por parte do Estado, considerando que neste período o criminoso não cometera qualquer outro crime, é um indicativo que o delinquente está readaptado ou socialmente reajustado, logo, a pena não possui mais justificativa para ser aplicada, visto que o fim a que ela se destina já fora alcançado. A legislação penal brasileira sempre esteve ciente disto quando afirma no Art. 117, IV do Código Penal que o prazo da prescrição da pretensão executória interrompe-se pela reincidência.

Este posicionamento é alvo de duras críticas por Positivistas, pois acreditam que o decurso do tempo não faz desaparecer a periculosidade do agente, pois como declarava Cesare Lombroso, o criminoso é um ser atávico, ou seja, ele corresponde ao homem em seu estado primitivo, logo ele nasce delinquente e morrerá delinquente.

Neste sentido, os respeitáveis doutrinadores Valter Fernandes e Nilton Fernandes (2010, p. 43) assim completam:

Lombroso tirou de sua doutrina conclusões de muito interesse para a Política Criminal, ou seja, de que contra o criminoso nato, sujeito a seu impulso criminal, que implacavelmente o domina, não caberiam expiações morais ou punições infamantes e a sociedade teria o direito de proteger-se desse tipo de criminoso, até condenando-o à prisão perpétua e só excepcionalíssimamente e apenas como “medida de seleção” condená-lo a morte.

A doutrina do criminoso nato, que seria o indivíduo propenso a praticar crimes em decorrência de taras ancestrais, e assemelhado aos selvagens, ao tipo de homem primitivo, transportado por atavismo a tempos muito distantes do que deveria ter vivido, e, ainda, que tal criminoso reproduziria, sob o ponto de vista psicológico, as tendências, os hábitos de um tempo imensamente distante da História da humanidade, e, sob o aspecto físico, apresentando aspectos morfológicos e malformações congênicas análogas às dos primevos, não resistiu às pesquisas ulteriores de outros investigadores [...].

Cezar Roberto Bitencourt discorda desse posicionamento ao afirmar (2012, p. 984) que essa concepção Positivista não se justifica, na medida em que a prescrição resolve os anseios individuais e coletivos, tanto pela ótica repressiva como pela ótica preventiva.

O fato de o réu ter de se submeter a um longo processo judicial o impõe a tamanho sofrimento, representando-lhe um suplício. Isto representaria o ocorrência da expiação pelo crime. Tem-se aqui a presença da Teoria da Expiação.

c) O Estado deve arcar com sua inércia: Bitencourt nesse sentido afirma (2010, p. 984):

É inaceitável a situação de alguém que, tendo cometido um delito, fique sujeito, *ad infinitum*, ao império da vontade estatal punitiva. Se existem vários prazos processuais a serem cumpridos, a sua não observância é um ônus que não deve pesar somente contra o réu. A prestação jurisdicional tardia, salvo naquelas infrações constitucionalmente consideradas imprescritíveis, não atingem o fim da jurisdição, qual seja, a realização da Justiça.

Nessa esteira, para o ilustríssimo doutrinador, decorrido o lapso temporal previsto em lei sem que haja a punição do delinquente, não há mais que se falar em interesse social tão pouco em legitimidade política, visto que o delinquente não pode ficar sujeito de forma indefinida a um processo ou a uma pena.

d) O decurso do tempo enfraquece o suporte probatório: O longo espaço de tempo proporciona uma maior dificuldade na produção de provas e isto conseqüentemente interferirá em uma justa apreciação do crime. Assim, seria bastante temerária a

realização de um julgamento como base em provas que se tornaram suspeitas por conta do decurso do tempo, logo, a apuração do crime tornar-se-ia incerta.

Há de se mencionar que foram desenvolvidas teorias que fundamentam a prescrição, quais sejam, a expiação temporal e a expiação psicológica. Para a primeira teoria, após determinado lapso de tempo, o criminoso expiou a culpa que o perseguiu, as angustias sentidas e os remorsos que o dominaram. Já para a segunda teoria, o tempo muda a constituição psíquica do delinquente, pois elimina o nexo psicológico existente entre o fato e o agente, desta forma, caso seja punido após determinado espaço de tempo, será considerado em tese, como outro indivíduo, e não mais aquele delinquente existe à época do fato. Deste modo, as duas teorias embasam o único fundamento: o decurso do tempo leva o criminoso à recuperação.

Seguindo a mesma acepção até o momento explanada é válido destacar, a Teoria da Emenda, que prega o seguinte: O passar dos anos, sem que o réu pratique outro crime revela que não existe mais a razão de punir, realizando-se uma análise sob a ótica da prevenção social. Além disso, o passar do tempo desenvolveria na própria sociedade um sentimento de compaixão pelo delinquente, segundo a Teoria da Piedade.

Em suma, entende-se que o estado psicológico do indivíduo se altera com o passar dos tempos, deste modo seria absolutamente injusto punir o indivíduo quando não mais presentes os aspectos psicológicos presentes no momento da prática do crime, pois neste caso, estar-se-ia punindo pessoa diversa daquela sobre a qual a punição realmente deveria recair. Este é o ensinamento da Teoria Psicológica. Além disso, segundo a Teoria da Exclusão do Ilícito, o passar do tempo também leva a recuperação do bem jurídico lesionado, ou ao menos que os efeitos desta lesão sejam anulados.

2 ORIGEM DA PRESCRIÇÃO, SEU DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E A POLÊMICA DO INCISO V DO ART. 111 DO CÓDIGO PENAL.

A palavra prescrição é derivada do latim *praescriptio*. Já era conhecida pelo direito grego, mas a primeira vez que apareceu, foi em uma fonte legislativa do direito romano, na denominada *Lex Julia de Adulterii*.

Inicialmente, o prazo prescricional era de 5 (cinco) anos. Esse prazo teve por fonte o evento denominado de *festas lustrais*, que eram solenidades que simbolicamente representavam o perdão e a purificação, logo, afastavam o pecado e as impurezas. Sendo assim, como o crime interligava-se diretamente com o pecado, também era apagado ao longo do tempo.

Nessa esteira, a associação entre crime e pecado, com o passar do tempo foi gerando a razão jurídica da prescrição da pretensão punitiva. O fundamento da prescrição passou a ser o seguinte, assim como o castigo pelo pecado é feito por Deus, o Estado também tem a prerrogativa de punir, no entanto, quando permanece estagnado, há a notória demonstração de desinteresse do Estado quanto a punição do criminoso. Logo, seria uma afronta a justiça, uma punição do Estado quando este não mais possui interesse.

A cerca deste tema esclarece Busato (2013, p. 589) quanto ao prazo prescricional: “Essa associação entre as festas lustrais e a origem da prescrição da pretensão punitiva fez com que, [...] fosse fixado um prazo de cinco anos para [...] as ações penais públicas, e posteriormente, um ano para as ações penais privadas.”

Posteriormente, os prazos prescricionais foram alterados na época de Deocleciano e Maximiliano (284-305 a.C.), os prazos prescricionais agora passaram a ser de 20 (vinte) anos para o *crimina publica* e imprescritíveis para o *parricidium* (morte do *pater familiae*), visto que este crime era considerado o mais grave pelo fato de que afrontava a instituição família, considerada, nas palavras de Busato (2013, p. 590), “a célula *mater* da organização judiciária romana”.

A temática da prescrição alcançou um maior grau de aperfeiçoamento legislativo com o advento do Código Francês de 1791. Ao chegar a este nível, o instituto foi copiado por vários outros países.

No Direito Penal brasileiro, a prescrição é contemplada pela primeira vez no Código de Processo Criminal de 1832 e, posteriormente, pela Lei nº 261, de 3 de

dezembro de 1841, e o Regulamento nº 120, de 31 de Janeiro de 1842. Nestas normas legais o prazo prescricional era diretamente proporcional à gravidade do crime.

O Código Criminal do Império, de 1830, por outro lado, reconhecia a existência do instituto em questão, sem, contudo, reconhecer a sua aplicação, é o que se depreende da leitura de seu Art. 65: “As penas impostas aos réus não prescreverão em tempo algum”.

Posteriormente, com o advento do Código Penal da República, em 1980, fora implantada a prescrição da condenação, em seu Art. 72.

O Código Penal considerado por ter marcado uma inovação do tema prescrição, foi o de 1940, isso porque teve forte influência de Néelson Hungria, pois foi ele quem apresentou o novo modelo de prescrição da pretensão punitiva com a previsão de causas taxativas de interrupção e suspensão da prescrição.

Por fim, e ainda bem mais recente, por meio da Lei nº 12.234, de 4 de maio de 2010, as regras da prescrição retroativa foram alteradas, agora a prescrição retroativa só poderá acontecer entre o recebimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença penal condenatória. Antes do advento desta lei, dois eram os momentos para a ocorrência da prescrição retroativa, a saber, da data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa, bem como entre o seu recebimento e a data da publicação da sentença penal condenatória. Veja-se, o primeiro intervalo deixou de existir.

Posteriormente, com a entrada em vigor da Lei 12.650/12, fora inserido um novo inciso ao Art. 111 do Código Penal, o inciso V, que estabelece que quando a criança ou o adolescente forem vítimas de crimes contra a dignidade sexual, previstos no mesmo Diploma legal ou em legislação especial, a prescrição, começa a correr da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos de idade, salvo se a esse tempo já houver sido proposta ação penal. Como trata-se de uma norma que, nas palavras de Rogério Sanches (2015, p. 111), “amplia o espectro punitivo do Estado”, logo jamais alcançará os fatos pretéritos, tendo em vista a inadmissibilidade da retroatividade maléfica ao réu. Assim, salienta-se que a prescrição é matéria penal, material e não processual, por conseguinte, submete-se à regra disposta no Art. 5º, XL, da Constituição Federal de 1988, que estabelece que a lei penal não retroagira, salvo para beneficiar o réu.

No presente caso, a Lei 12.650/2012, ao postergar o início da contagem do prazo da prescrição, torna a situação do réu mais gravosa. Por isso, esta Lei não pode ser aplicada de forma retroativa para os fatos ocorridos antes do dia 18/05/2012, data da entrada em vigor da lei em apreço.

Insta asseverar que esta lei não proporcionou mais uma nova hipótese de imprescritibilidade, até mesmo porque é vedado ao legislador ordinário, complementar as hipóteses de crimes sem prescrição, pois a Constituição Federal os prevê de modo taxativo. O legislador elaborou esta norma com base em uma fundamentação constitucional. Veja-se.

O Art. 227,§4º da Constituição Federal assim dispõe: “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”. Pois bem, o legislador, com base neste dispositivo constitucional buscou uma punição mais eficiente ao agressor, evitando-se, por conseguinte, uma proteção com falhas por parte do Estado.

Nesse sentido, esclarece Rogério Sanches (Código Penal Comentado, 2015, p. 111):

[...] O STF, no HC 104.410/RS bem alerta que os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção, expressando também uma postulação de proteção. Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição de excesso, como também podem ser traduzidos em vedação a proteção insuficiente, qualificando-se como imperativos de tutela.

A fundamentação desta novidade legislativa surge como uma suposta forma de incluir os menores vítimas de abusos sexuais na lista daqueles que permanecem calados sobre os fatos, seja, pelo aspecto biopsicológico da criança, como também pelo fato de estarem sujeitas a constantes ameaças por parte do agente criminoso. Isto proporcionaria a extinção da punibilidade do agente, em decorrência do tempo. Deste modo, a alteração do início da contagem do prazo prescricional para os menores de 18 anos, lhes possibilitaria maior tempo para denunciar o abuso que sofrera à época da menoridade.

Ainda no que tange ao inciso V do Art. 111 do Código Penal, é importante se destacar a existência de uma divergência doutrinária quanto a sua parte final “salvo se a esse tempo já houver sido proposta ação penal”.

Pois bem, como relatado, se o crime for cometido contra a dignidade sexual da criança e do adolescente, o início da contagem do prazo prescricional só começará quando a vítima completar 18 (dezoito) anos de idade.

Ocorre que essa suspensão do prazo prescricional não obsta a instauração, desde logo, do inquérito policial, tão pouco que o Ministério Público ofereça denúncia.

Para melhor elucidação disto, tem-se o seguinte exemplo: Joana, sofrera abusos sexuais quando era menor de 18 (dezoito) anos de idade, nesse período todos os fatos foram descobertos. Deste modo, as investigações poderão ser imediatamente iniciadas, seguida da propositura da ação penal por parte do Ministério Público. Ou ainda, supõe-se que Joana, quando ainda era menor de idade, conta todos os fatos para a sua mãe, no mesmo dia da consumação do crime. A sua mãe então, dirige-se até a Delegacia de Polícia e a ele tudo relata. O delegado que presidiu o inquérito policial o remete para O Ministério Público, e no dia 15 de Agosto de 2012, o promotor oferece denúncia.

Logo, o prazo prescricional começou a correr a partir do dia 15 de Agosto de 2012, é a situação que o inciso V do Art. 111 do Código Penal ensina. É a situação ensinada pelo ilustríssimo Márcio André Lopes Cavalcanti (2012)¹.

No entanto, este mesmo respeitável mestre esclarece a existência de polêmica quanto a esta parte final do inciso em apreço. Veja-se.

Existem três correntes divergentes que explicam este dispositivo, ou seja, que ensinam o início da contagem do prazo para prescrição quando a vítima ainda for menor de 18 (dezoito) anos de idade, quando, já tenha sido proposta a ação penal.

Para a 1ª Corrente o início da contagem do prazo seria a partir da propositura da ação penal, posição defendida pelo respeitável mestre Cavalcanti (2012). Para ele, esta posição é a mais adequada, na medida em que reflete a intenção de proteção a vítima, que o próprio legislador manifesta.

Já para a 2ª corrente, o início da contagem do prazo seria a partir da data do recebimento da denúncia. Este é o posicionamento defendido por Rogério Sanches (2014), e tem como base uma interpretação realizada em conjunto com o Art. 117, inciso I do Código Penal.

¹ Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2012/05/comentarios-lei-126502012-que.html>

Enquanto que a 3ª corrente apregoa que o início da contagem do prazo é a data da consumação do delito, já que o Art. 111, em seu inciso V do Código Penal não permite a exceção, visto que não estabelece de forma expressa um novo marco inicial para o instituto em questão. Sendo assim, aplicar-se-á a regra geral, prevista no Art. 111, inciso I do Código Penal. É a corrente defendida por doutrinadores que realizam uma interpretação mais favorável ao réu.

Este terceiro posicionamento, adotado por uma parcela dos doutrinadores, apesar de ser mais garantista, visto ser mais favorável ao réu, possui em seu bojo um aspecto tanto que ilógico, veja-se o seguinte exemplo:

Joana e Márcio praticam o crime previsto no Art. 218-A do Código Penal, pois na presença de Felipe, garoto de 4 anos de idade, mantem conjunção carnal, com o intuito de satisfazer lascívia própria no dia 11/07/2012.

A pergunta que se faz neste momento é, quando começa o prazo prescricional deste delito? No dia que Felipe completar 18 anos de idade, ou seja, no dia 11/07/2026. Logo, até esta data, o prazo prescricional estará suspenso.

Antes, no entanto, de se chegar ao ponto crucial do presente caso, é necessário que, primeiramente, se entenda que o crime do Art. 218-A prescreve em 8 anos. Sendo assim, caso Felipe, ao completar 18, procure o Ministério Público, este poderá oferecer denúncia, já que o crime prescreverá somente em 2034.

Até agora, tudo é bem simples e entendível, apesar disso, imagine-se a situação em que decorridos nove anos, Felipe, ainda menor de idade, com 13 anos de idade, decida contar aos seus pais todo o fato ocorrido no dia do crime, a saber o dia 11/07/2012, o dia da prática do delito. Nesta situação, os pais de Felipe afirmam de que seja acionado o Poder Judiciário, procuram o Ministério Público para a propositura da ação penal. Ocorre que, para esta terceira corrente, o parquet não poderia oferecer a denúncia. Isto porque, enquanto Felipe não completar 18 anos de idade, o prazo prescricional será o do Art. 111, inciso I do Código Penal, a regra geral. Deste modo, o início do prazo prescricional será o da data em que o crime se consumou, e como se passaram 9 (nove) anos, o crime já prescrevera.

Sendo assim, seria um extremo absurdo aceitar que seja adotado esta 3ª corrente, pois em situações similares a acima citada, o Ministério Público teria que esperar a vítima completar 18 anos de idade para oferecer denúncia, para que aí então seja iniciada a contagem do prazo prescricional do inciso V do Art. 111 do Código Penal.

A mudança legislativa acima explicitada teve por objetivo o atendimento aos preceitos de Vitimologia no que se refere ao oferecimento de uma garantia de proteção às vítimas. Neste sentido, entende a doutrina que a 3ª corrente não pode ser adotada por sua absoluta incoerência com o objetivo do legislador ao realizar a referida inovação legislativa.

3 ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO

O direito abstrato do Estado de punir se perfaz com a prática do crime. A partir daí surge um conflito decorrente do direito do Estado de punir em oposição ao direito de liberdade do indivíduo. Assim, por meio da denúncia o *parquet* manifesta a pretensão punitiva do Estado. Deste modo, quando o crime é praticado, o titular da pretensão punitiva é o Estado, desde que não haja o trânsito em julgado da sentença penal. Assim, caberá ao Estado exigir do Poder Judiciário a prestação jurisdicional.

Bitencourt (2012, p. 985) assim completa:

Com o trânsito em julgado da decisão condenatória, o *ius puniendi* concreto transforma-se em *ius punitiois*, isto é, a pretensão punitiva converte-se em pretensão executória.

Da distinção entre *ius puniendi* e *ius punitiois* decorre a classificação da prescrição em *prescrição da pretensão punitiva*, impropriamente denominada prescrição da ação penal, e *prescrição da pretensão executória*, também chamada de prescrição da pena.

3.1 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

Este tipo de prescrição somente ocorrerá antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A consequência jurídica quando da ocorrência deste tipo de prescrição é o seguinte, a eliminação de todos os efeitos do crime, ou seja, “é como que se o agente nunca houvesse praticado crime”.

Faz-se necessário esclarecer que a prescrição se inicia a partir da data da consumação do crime ou do dia da cessação da prática criminosa, nos termos do Art. 111 do Código Penal. Este lapso prescricional, apresenta, entretanto, causas que o interrompem e causas que o suspendem, conforme estabelece os Arts. 117 e 116, respectivamente, do Código Penal.

Este tipo de prescrição, da pretensão punitiva, possui ainda ramificações, pois subdivide-se em três tipos de prescrição, quais sejam: a prescrição abstrata, a prescrição retroativa e a prescrição intercorrente. Deste modo, todas estas modalidades de prescrição serão abordadas a seguir.

3.1.1 Prescrição da pretensão punitiva abstrata

O doutrinador Bitencourt, (2012, p. 985) conceitua prescrição da pretensão punitiva abstrata da seguinte forma : “ Denomina-se prescrição abstrata porque ainda não existe pena concretizada na sentença para ser adotada como parâmetro aferidor do lapso prescricional”.

Neste sentido NUCCI (2012, p.557) também conceitua a referida prescrição da pretensão punitiva em abstrato da seguinte forma:

[...] é a perda da pretensão punitiva do Estado, levando-se em conta a pena máxima em abstrato cominada para o crime. É utilizada enquanto o Estado não dispõe da pena concreta, aquela efetivamente aplicada pelo juiz, sem mais recurso da acusação.”

Este tipo de prescrição é estabelecida de acordo com a pena abstratamente cominada ao crime, ou seja, verifica-se a pena máxima cominada ao crime e a seguir, a prescrição será obtida quando esta pena máxima for conjugada com a tabela do Art. 109 do Código Penal.

Para melhor elucidação deste tema, veja-se, por exemplo, se o máximo da pena é superior a 12 anos, nos termos do Art. 109, inciso I do Código Penal, o crime prescreverá em 20 anos, ou seja, a pretensão estatal para punir será em vinte anos. Outro exemplo, se a pena máxima cominada ao crime for inferior a um ano, nos termos do Art. 109, inciso, VI, a prescrição ocorrerá em três anos.

3.1.1.1 Como encontrar o prazo prescricional

Para se encontrar o prazo prescricional, dever-se-á seguir os critérios a seguir expostos:

- a) Dever-se-á observar a pena máxima cominada ao crime. É considerado o máximo da pena privativa de liberdade cominada a infração penal, pois quando a pena for aplicada na sentença, poderá atingir o limite máximo previsto no preceito secundário.
- b) Na tabela do art. 109 do Código Penal, verificar o prazo prescricional que corresponda à pena máxima cominada para o delito. Vale esclarecer que esse prazo

é preliminar, pois poderá sofrer alterações, caso haja a incidência de minorantes ou majorantes, que por imposição legal, deverão ser aplicadas. Além disso, a menoridade relativa, bem como a velhice são causas que alteram o seu limite.

c) Verificar se existe alguma das causas que alteram o prazo: As majorantes e as minorantes obrigatórias, com exceção daquelas que se relacionam com o concurso formal próprio e ao crime continuado. Excluem-se as agravantes e atenuantes como causas que modificam o prazo.

Indaga-se: Quando houver mais de uma causa de aumento ou mais de uma causa de diminuição de pena, qual delas deverá ser aplicada? Em suma, como a prescrição consiste em um tema de ordem pública, deve-se ter como primazia a proteção do interesse público, deste modo, quando houver mais de uma majorante, deve-se considerar o fator que mais aumente ou se houver mais de uma causa de diminuição da pena, àquela que menos diminua a pena é o que ensina Bitencourt (2012).

Ainda neste item, deve ser analisado se o agente, ao tempo da prática do crime, era menor de vinte e um anos de idade, ou, se na data da prolação da sentença, maior de setenta anos de idade. Caso o agente se enquadra em uma dessas hipóteses, o prazo prescricional deverá ser reduzido a metade, nos termos do Art. 115 do Código Penal.

Após a tomada das providencias supramencionadas, será então obtido o prazo prescricional definitivo.

3.1.2 Prescrição da pretensão punitiva retroativa

Segundo Descreve Bittencourt (2012,966) “ a prescrição retroativa é produto de uma construção pretoriana”. No ano de 1961 a Corte Suprema do país editara a súmula 146, com a seguinte redação: “ A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada, quando não há recurso da acusação.” Este posicionamento firmado pela Corte Suprema, teve por base o Art. 110, parágrafo único do Código Penal de 1940, que estabelecia que a pena aplicada não poderia ser elevada, quando a acusação não recorresse da sentença, devendo portanto, servir como a base de cálculo da prescrição. A incidência da prescrição sobre o período que

antecede a sentença condenatória, passou a ser admitido pelo Supremo Tribunal Federal nessa época.

Ocorre que a prescrição retroativa somente passou a ser reconhecida antes do recebimento da denúncia no ano de 1963. Nesse sentido completa Bitencourt (2012, p. 986):

[...] o reconhecimento da *prescrição retroativa*, em período anterior ao recebimento da denúncia, somente veio acontecer, a partir de 1963, com voto antológico do Ministro Vitor Nunes Leal, percebendo a incoerência dessa limitação (HC 40.003), *in verbis*: “Pergunto: o efeito retroativo da prescrição pela pena concreta alcança também o lapso de tempo decorrido entre o delito e o oferecimento da denúncia? Parece-me que sim, porque o recebimento da denúncia interrompe a prescrição, mas no pressuposto de que não se tenha consumado, tal como acontece com a sentença condenatória, para quem admito a prescrição pela pena concreta. Num e noutro caso, o que está em jogo é o efeito retroativo da prescrição, alcançando o período transcorrido anteriormente ao ato interruptivo. Se esse efeito retroativo se produz em relação à sentença condenatória, que interromperia a prescrição não consumada, o mesmo se deve dizer do recebimento da denúncia, que só interromperia a prescrição, quando ainda não verificada”.

De forma oposta a prescrição *in abstracto*, a prescrição retroativa não leva em consideração, tendo como o seu referencial, a pena máxima abstratamente cominada ao crime, mas sim a pena aplicada na sentença condenatória, *in concreto*. A prescrição retroativa, bem como a prescrição intercorrente, constituem-se em exceções a regra disposta no Art. 109 do Código Penal, no que diz respeito a contagem de prazos.

A doutrina entende que quando acusação não recorre da sentença, ou quando o seu recurso é improvido, a pena que na sentença fora aplicada é considerada suficiente para aquele caso específico. Por tal motivo, entende-se que este tipo de prescrição deve servir como referencial desde a consumação do crime. Nesse sentido reforça Bitencourt (2012, p.987): “ a prescrição retroativa pode ser considerada entre a consumação do crime e o recebimento da denúncia, ou entre este e a sentença condenatória (art. 110, § 2º, do CP)”. Vale ressaltar que, a decisão de pronúncia, quando da prática de crime contra a vida, cria também uma interrupção para o tipo de prescrição, neste item estudado.

No ano de 1070, surgiu um movimento cujo objetivo era reduzir a abrangência da prescrição retroativa. Para isso, Bitencourt (2012) ensina que este movimento defendia a obediência as seguintes regras:

- a) Sentença condenatória de primeiro grau;
- b) Não deveria existir o recurso da acusação, mas sim o recurso da defesa;
- c) Data do recebimento da denúncia até a data da publicação da sentença condenatória, como único lapso temporal permitido para a contagem do prazo prescricional.

Como se percebe, a aplicação da prescrição retroativa contada a partir da data da prática do crime e o recebimento da denúncia não seria mais permitido. Este posicionamento mais restritivo vigorou a partir do ano de 1972 até o ano de 1974, quando então os dois novos ministros da Corte Suprema fizeram ressurgir novos debates a respeito do tema, combatendo este posicionamento mais restritivo a fim de que fosse adotado um posicionamento mais liberal e garantista. Desta feita, a súmula 146 do STF, do ano de 1960, voltara a ser observada. É com muita maestria que Bittencourt (2012, p. 987) complementa o assunto, destacando a alteração realizada na Parte Geral do Código Penal, o que levou a combinação da interpretação de dois importantes dispositivos legais do mesmo Diploma Legal:

A prescrição retroativa, no regime da Reforma Penal de 1984 — que alterou toda a Parte Geral do Código Penal —, resulta da combinação das disposições dos §§ 1º e 2º do art. 110 e do art. 109. A prescrição, diz o § 1º, *depois da sentença condenatória* com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada. Por seu turno, reza o § 2º que a prescrição, de que trata o parágrafo anterior, *pode ter por termo inicial data anterior ao recebimento da denúncia* ou da queixa. Essa previsão legal representa precisamente a instituição da prescrição retroativa, exatamente nos moldes da Súmula 146. O termo inicial da prescrição, superada aquela turbulência a que nos referimos, de regra, é o da *consumação do crime*, seja instantâneo, seja permanente. Embora o art. 4º determine que o tempo do crime é o momento da ação, em termos de prescrição, o Código adota, como exceção, a *teoria do resultado*. Mas, excepcionalmente, em se tratando de tentativa e de crime permanente, adota a regra geral, que é a *teoria da atividade*.

Para que se encontre o prazo prescricional da espécie de prescrição aqui estudada, é necessário que primeiramente, se conheça os pressupostos necessários a sua obtenção. Quais são estes pressupostos? São os seguintes: Primeiramente, é necessário que ainda que não tenha ocorrido a prescrição em abstrato, visto ser este tipo de prescrição mais benéfico ao réu, pois o efeito que causa é o de “como se nunca houvesse praticado crime algum”; além disso, é necessário que haja uma sentença penal condenatória; e por último, que tenha ocorrido o trânsito em julgado para a acusação ou que o recurso por ela interposto tenha sido improvido.

Após a análise dos pressupostos da prescrição retroativa, finalmente será possível encontrar o prazo prescricional nesta modalidade. Neste sentido, quais são as providências a serem adotadas? Primeiramente, deve-se tomar a pena disposta na sentença condenatória; segundo, deve-se verificar o prazo prescricional correspondente, nos termos do Art. 109 do Código Penal; terceiro, analisar se existe alguma causa modificadora da prescrição no Art. 115 do Código Penal, que, aliás, é a única causa modificadora do lapso prescricional.

Cumprido mencionar ainda, que na primeira fase para se encontrar a prescrição retroativa, ou seja, ainda no momento em que toma-se a pena concretizada na sentença, deve-se levar em consideração toda a pena aplicada, exceto a majorante oriunda de concurso formal próprio e do crime continuado. Outrossim, quanto ao instituto da detração, este somente será utilizado quando da execução da pena ou para a computação da prescrição da pretensão executória

3.1.2.1 A Inconstitucionalidade da supressão de parcela da prescrição retroativa

Antes de se adentrar ao tema do presente subtema, cumpre mencionar que o instituto da prescrição, possui por escopo principal, impedir com que a persecução penal se eternize, obedecendo assim, ao princípio constitucional da duração razoável do processo e da dignidade da pessoa humana, nos termos do Art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988, bem como dos arts. 7º, “5” e 8º, “1” do Pacto de San José da Costa Rica.

É sabido que a Carta Magna adotou como regra no ordenamento jurídico brasileiro, a prescribibilidade das infrações penais. Assim, as exceções a esta regra geral, encontram-se dispostas nas Leis 7.716/89, 7.170/83 e 9.034/95, que tratam dos crimes de racismo, os decorrentes de ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito. São estes, os crimes considerados imprescritíveis pela Constituição Federal de 1988.

Dentre outras permissões, a legislação infraconstitucional pode legislar sobre instituto da prescrição, mas quanto a este instituto especificamente, poderá legislar no que se refere aos prazos. Vale lembrar, entretanto, que essa lei infraconstitucional quando regulamentar este instituto, deverá respeitar o princípio da

duração razoável do processo, além disso, não poderá excluí-lo do ordenamento jurídico, total ou parcialmente, como o que sucedeu-se com a Lei 12.234/2009. Bitencourt (2012, p.989) explica o impacto que a referida Lei trouxe para o instituto em questão, ofendendo assim, princípios constitucionais:

Embora a Lei n. 12.234/2009 não tenha suprimido o instituto da prescrição de nosso ordenamento jurídico, ao excluir a *prescrição retroativa* em data anterior ao recebimento da denúncia, afronta os princípios do não retrocesso ou da *proporcionalidade* e da *duração razoável do processo*. A violação aos direitos fundamentais do cidadão — limitando-os, suprimindo-os ou excluindo-os —, a pretexto de combater a impunidade, é muito mais relevante que possíveis efeitos positivos que por ventura possam ser atingidos.

Como se percebe, a referida lei, trouxe novas regras para a prescrição da pretensão punitiva, em especial, a retroativa. Desta forma, o Código Penal sofreu alterações em seus arts. 109 e 110, suprimindo parte da prescrição retroativa. A referida lei passou a não mais reconhecer a prescrição retroativa entre a data do fato até o recebimento da denúncia. Neste sentido, entende Bitencourt (2012, p. 989) que esta alteração, abriu forte espaço para o Ministério Público e a polícia retardarem as investigações criminais e a propositura da ação penal, sem que, contudo, sofram qualquer punição.

Como uma forma demonstrar de forma mais salutar este posicionamento, ensina com maestria Pierpaolo Bottini² (2010) ao afirmar que esse posicionamento não possui por objetivo questionar a relevância dos prazos prescricionais, os obstáculos encontrados para a realização das investigações, tão pouco a possibilidade de eventuais impunidades. O questionado é racionalidade, a razão de existir prazos prescricionais distintos para fatos idênticos, em suas palavras (BOTINI, 2010): “ o mesmo crime antes e depois do recebimento da denúncia”, e ainda, o advento de prazos iguais para situações distintas, exemplo citado pelo mestre, é a prática de crimes distintos, por agentes diferentes, e ainda, com o grau de reprovabilidade e culpabilidade também distintos, em suas palavras (BOTINI, 2010), terão “o mesmo prazo prescricional regulado pelo máximo da pena em abstrato”. Neste sentido complementa Bitencourt (2012, p. 989): “[...]a não individualização dos

² Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-jun-22/fim-prescricao-entre-fato-denuncia-cria-desproporcionalidade>

prazos prescricionais tanto quanto a não individualização da pena configuram resposta *desproporcional* ao equiparar infrações graves e leves.”

Diante do acima exposto, é válido ressaltar o importante questionamento acerca deste tema, qual seja, qual seria o fundamento lógico e jurídico para a restrição, ora estudada, da prescrição retroativa? Ou seja, qual a motivação lógica e jurídica para que a pena concreta, possa retroagir para ser realizado o cálculo da prescrição entre o recebimento da denúncia até a sentença, mas não possa retroagir para realizar o cálculo da prescrição entre a prática do crime e o recebimento da queixa ou denúncia? Poder-se-ia afirmar-se que são dois institutos que possuem a mesma razão do ser, então por que são interpretados e aplicados de modo distinto?

Com enorme maestria, Bitencourt (2012, p. 990) responde a esta indagação:

Não há respostas lógicas, coerentes, jurídicas ou políticas para essas indagações, eis que o disposto nos arts. 2º e 4º da Lei n. 12.234/2010 afronta o bom-senso, a equidade, a isonomia, a proporcionalidade, a razoabilidade e a própria culpabilidade. Indiscutivelmente, trata-se de meio inadequado para combater a invocada impunidade, a despeito de representar uma forma eloquente de o Estado reconhecer a sua incompetência e o seu despreparo para combatê-la.

Nesse sentido, é forçoso ressaltar que que essa restrição, contribui, por seu turno, com a impunidade, vez que em vez de o Estado preparar a polícia e exigir-lhe eficiência em suas atividades, tem na verdade, contribuído para que a inércia da polícia, ao mesmo tempo em que lhes atribui excesso de poder. Além disso, estas mesmas características também são atribuídas ao Ministério Público, podendo oferecer denúncia quando achar conveniente, ao “seu bel prazer”, podendo demorar 12,16 ou até 20 anos para tomar a iniciativa de oferecer denúncia. Tudo isto é considerado uma ofensa ao princípio da presunção de inocência, direito de todo o cidadão, ao mesmo tempo ferem o direito constitucional de serem julgados em prazo razoável (DELMANTO apud BITENCOURT, 2012, p. 990).

Nessa mesma linha de raciocínio tem-se importante argumentação que demonstra total inconformismo a respeito desta alteração legislativa (DOTTI, 2013)³:

³ Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/colunistas/breviario-forense/78116/A+INCONSTITUCIONALIDADE+DA+LEI+NO+122342010+FINAL>

Ao agredir a letra e o espírito da Constituição, o legislador de ocasião reencarnou, em pleno Estado Democrático de Direito assim proclamado no primeiro artigo da Carta Política o jurista da ditadura militar, ao reinstalar no sistema penal a regra da supressão. Com efeito, a Lei n.º 6.416, de 24/05/1977, sancionada pelo General Ernesto Geisel, sendo Ministro da Justiça, Armando Falcão, excluiu o tempo decorrido entre o fato e a denúncia (ou queixa) para o reconhecimento da prescrição pela pena concretizada.

Na verdade, o retrocesso tem inspiração mais antiga. O art. 65 do Código Criminal do Império (16.12.1830) declarava: "As penas impostas aos réus não prescreverão em tempo algum".

Para a aferição da prescrição *in abstracto*, como se é sabido, é necessário a verificação da pena máxima abstratamente cominada. Isto ilustra uma característica existente neste tipo de prescrição, a saber, a inexistência de elementos que individualizem a pena *in concreto*. Nestes termos, após a obtenção da pena *in concreto*, esta será usada como a referência para a obtenção da prescrição por todo o trajeto. Não sendo permitida a retirada, portanto, de nenhuma de suas fases, o período que antecede e sucede o recebimento da denúncia. Este entendimento torna-se necessário para a compreensão de que a prescrição da pena *in concreto* tem por objetivo a harmonização do instituto em questão com o grau de culpabilidade do agente, na medida em que, ao aplicar a pena, o julgador analisa todos os requisitos do Art. 59 do Código Penal. Neste sentido, o grau de reprovabilidade da conduta do agente, bem como o de culpabilidade já foram devidamente reconhecidos na sentença condenatória. Sendo assim, ensina Bottini (2010 apud BITENCOURT, 2012, p. 991) que se existe novo limite máximo de pena fixado pelo magistrado, que se baseia no grau de culpabilidade do agente, é como base nele que deverão ser analisados e aplicados os prazos prescricionais. E isto deve valer para o todo o período em que se estende a prescrição, inclui-se aí, entre a data da prática do fato e o recebimento da inicial acusatória.

Neste aspecto, Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 9910), tece o seguinte: "[...]a prescrição retroativa é um corolário dos princípios da personalidade e da individualização da pena, além de demonstrar, *in concreto*, que é exatamente a sanção merecida desde o momento em que se consumou o fato delituoso[...]". Nestes termos, pode-se afirmar que o legislador cometera sério equívoco, visto que a medida tomada pelo legislador viola os princípios da proporcionalidade, não podendo agir com excessos, e ainda, a própria culpabilidade do agente, bem como

como o direito de todo o cidadão de ter um processo com prazo razoável, em respeito a garantia da duração razoável do processo.

Cumpra esclarecer que quando as investigações demoram de forma excessiva, atinge-se a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que deva ser considerado inadmissível que uma pessoa, fique eternamente vivendo sob suspeitas ou sendo investigada pelo Estado. Nesta toada, quando se aplica a pena, após o transcurso de longo período temporal, o Estado comete injustiça ao punir pessoa diversa daquela que efetivamente praticara o crime, pois decorridos tanto tempo, o indivíduo modificara-se, não podendo considera-lo como o mesmo homem responsável pelo cometimento do delito. Sendo assim, é forçoso que se lembre que o país, cujo povo forma a nação brasileira, constitui-se em um Estado Constitucional Democrático de Direito, por isso a legislação penal, em respeito a Constituição Federal de 1988, não deve atuar somente no sentido de punir, mas também de forma paralela a isto, deve atuar também em prol da proteção do cidadão afim de que os excessos e abusos repetidamente praticados pelos agentes estatais não lhes atinjam.

3.1.2.2 A violação ao princípio da proporcionalidade e a restrição de parcela da prescrição retroativa

Para iniciar o estudo do presente tema, tem-se como necessária a transcrição da seguinte indagação, realizada por Bitencourt (2012, p.992) : Qual seria o fundamento lógico, jurídico ou político para que o tempo de prescrição contado após o recebimento da denúncia seja diferente daquele contado antes deste fato?" [...]. Ou seja, dentro da razoabilidade, qual o fundamento para este fato?

Primeiramente, é forçosa a realização da seguinte análise: A pena abstratamente cominada possui extrema ligação com o prazo prescricional, conforme se aduz do art. 109 do Código Penal. Neste sentido, o prazo prescricional será estabelecido em perfeita vinculação com a pena abstratamente cominada, nos moldes do Art. 109 do Código Penal ou com aquela aplicada na sentença condenatória, a pena *in concreto*, nos moldes do Art. 110 do mesmo Diploma Legal. Percebe-se, então, com muita clareza que quanto maior a pena, maior será o prazo prescricional, de outro modo, quanto menor a pena, menor será este prazo

prescricional. Sendo assim, é nítido aqui, a presença do princípio da proporcionalidade.

Com relação a aplicação da prescrição *in abstracto* e o princípio da proporcionalidade, Bitencourt (2012, p. 992) complementa o raciocínio com notória perfeição:

A prescrição *in abstracto* trabalha com uma pena hipotética, ante a ausência de uma pena real, que só poderá existir, isto é, somente se concretizará em futura decisão condenatória, quando surgirá a verdadeira pena, não somente a pena legal, mas a pena justa. A prescrição abstrata desconsidera a individualização da pena e a culpabilidade de cada um, pairando apenas como limite máximo, ante a ausência da pena individualizada, e cederá somente quando esta passar a existir, sem possibilidade de ser elevada (com trânsito em julgado para a acusação). Constata-se que na hipótese da prescrição abstrata não existe *proporção* entre culpabilidade, pena e prescrição real, trinômio que somente aparecerá quando for a pena individualizada em decisão condenatória; embora exista proporcionalidade, é verdade, entre os lapsos prescricionais e a gravidade das sanções cominadas (*in abstracto*), como destacamos acima, ainda que sobre uma pena hipotética.

A pena, denominada como “hipotética”, perde a razão de existir quando o juiz prolata a sentença condenatória. Deste modo, após o trânsito em julgado para a acusação, não há mais que se falar em prescrição em abstrato, e sim em prescrição *in concreto*, baseado não mais em uma pena “hipotética” e sim em uma pena real, passada pelo crivo da individualização. De forma favorável a este posicionamento Herschander (2010, p. 6) reitera que o método adotado por este tipo de prescrição é justo quando declara: [...] pois respeita a proporcionalidade que deve informar a resposta estatal à infração, moldando ao mesmo tempo a pena e os prazos para o exercício da resposta penal [...]”. Deste modo, vê-se que, nesta fase, o tipo de prescrição que passa a produzir efeitos não é mais aquela baseada na pena *in abstracto* e sim àquele que tem como referência a pena real, ou seja, a pena *in concreto*, devidamente individualizada e respeitando a garantia constitucional do devido processo legal.

Há de se mencionar que a pena aplicada reflete a proporção do grau de culpabilidade. Sendo assim, segundo Bitencourt (2012), a prescrição e a pena aplicada são reflexos da culpabilidade, a prescrição de forma indireta e a pena, de forma direta.

Neste sentido, importante se faz mencionar o posicionamento de Herschander (2010, p. 6)⁴:

Há, portanto, no direito penal vigente, uma busca de proporcionalidade entre culpabilidade, pena e prescrição. A culpabilidade deve ser a medida da pena; a pena deve ser a medida da prescrição. O respeito a esse liame entre tempo da pena e tempo da prescrição é obrigatório para o legislador ordinário? Parece-nos que a resposta afirmativa conta, em seu favor, com bons argumentos. Na perspectiva da vinculação pena-prescrição, é possível vislumbrar que, impondo explicitamente a individualização da pena,⁽¹⁾ implicitamente a Constituição Federal determinou a individualização da prescrição.

Nesta toada, como se é sabido, a Carta Magna estabelece como garantia constitucional fundamental o princípio da individualização da pena, assim subentende-se que esta individualização atinge também o instituto da prescrição, que se perfaz com a prescrição da pena em concreto. Assim, afim de que seja respeitada a proporcionalidade, a prescrição em concreto deve ser obtida em perfeita coadunação com a pena concretizada. Deste modo, os princípios constitucionais da proporcionalidade, da individualização da pena e da culpabilidade são infringidos quando se extinguiu o intervalo prescricional até então existente entre a prática do delito e o recebimento da denúncia. Nas palavras de Herschander (2010, p.7) : “A concretização da pena concretiza igualmente o prazo da prescrição. Individualizada a pena, estará individualizada a prescrição”.

Importante consideração a cerca deste assunto, faz Bitencourt (2012, p. 994) ao afirmar o seguinte:

Postas essas considerações, deve-se concluir que, inevitavelmente, a Lei n. 12.234 — ao suprimir o tempo decorrido entre o fato e o recebimento da denúncia — afronta o *princípio da proporcionalidade*, em seu trinômio *adequação* (o ato surtirá o fim pretendido, com eficiência e eficácia?), *necessidade* (há outro meio menos lesivo de se atingir esse fim além do proposto, com a mesma eficácia, ainda que com menos eficiência?) e *proporcionalidade em sentido estrito* (é compatível o benefício colhido com a lesão causada?), conforme demonstraremos adiante.

Desde os anos de 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, existia a exigência de observância ao princípio da proporcionalidade ao se aplicar uma pena compatível com as consequências geradas pela prática do crime.

⁴ Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim212.pdf>

A Constituição Federal de 1988 recepcionou este princípio ao estabelecer em seu Art. 5º, inciso XLVI, o princípio da individualização da pena, em seu Art. 5º, inciso XLVII, a proibição de algumas espécies de penalidades, tais como a pena de caráter perpétuo, trabalhos forçados, penas cruéis, de banimento e de morte, neste último caso, salvo em caso de guerra declarada. Além disso, vê-se a presença deste princípio, quando a Constituição admitiu sanções penais mais graves para crimes igualmente graves, e quando tratar-se de infrações de menor potencial ofensivo, a imposição das penas alternativas, dentre várias outras características.

Tem-se admitido que o Iluminismo fora o grande responsável em impedir que o Estado se interfira de forma arbitrária e sem que haja uma efetiva necessidade na vida do cidadão. Neste sentido, ensina Bitencourt (2012, p. 994):

Com efeito, as ideias do *Iluminismo* e do *Direito Natural* diminuíram o autoritarismo do Estado, assegurando ao indivíduo um novo espaço na ordem social. Essa orientação, que libertou o indivíduo das velhas e autoritárias relações medievais, implica necessariamente a recusa de qualquer forma de intervenção ou punição desnecessária ou exagerada. A mudança filosófica de concepção do indivíduo, do Estado e da sociedade impôs, desde então, maior respeito à dignidade humana e a conseqüente *proibição de excesso*. Nessa mesma orientação filosófica inserem-se os princípios garantistas, como os da proporcionalidade, da razoabilidade, da lesividade e da dignidade da pessoa humana.

Qualquer que seja a atuação do Estado, as atividades realizadas por meio de seus agentes devem estar adstritas aos princípios constitucionais, sejam eles implícitos ou explícitos. Deste modo, vale trazer ao presente estudo, algumas ponderações, a primeira delas, consiste no fato de que o princípio da proporcionalidade atua como uma garantia, cujo objetivo é limitar a legislação infraconstitucional. Assim, Bitencourt (2012) ensina a existência de um vínculo constitucional, cuja atuação está adstrita em delimitar quais são as finalidades do Estado, ao mesmo tempo em que procura identificar os modos e meios pelos quais o Estado se vale para alcançar tais finalidades. Para isto, o mestre ensina três fatores de muita relevância para este estudo, quais sejam:

[...]Conjuga-se, pois, a união harmônica de três fatores essenciais: a) *adequação teleológica*: todo ato estatal passa a ter uma finalidade política ditada não por princípios do próprio administrador, legislador ou juiz, mas, sim, por valores éticos deduzidos da própria Constituição Federal — vedação do arbítrio (*Übermassverbot*); b) *necessidade* (*Erforderlichkeit*): o

meio não pode exceder os limites indispensáveis e menos lesivos possíveis à conservação do fim legítimo que se pretende; c) *proporcionalidade stricto sensu*: todo representante do Estado está obrigado, ao mesmo tempo, a fazer uso de meios adequados e de abster-se de utilizar recursos (ou meios) desproporcionais.

Vê-se, por fim, que o objetivo primordial do princípio da proporcionalidade é o de limitar a atuação dos agentes estatais, impedindo assim, o exercício arbitrário de poder, inclui-se aqui todos os poderes, inclusive o poder legislativo. Não é surpresa que o Estado, em muitas ocasiões vem atuando com poder excessivo e sem limites, manifestando contradições quando da elaboração de leis, ausência de razoabilidade em seu poder de legislar, fazendo com que tais normas, sejam, na maioria das ocasiões, inconstitucionais. Isto é o que reflete a seguinte declaração de Bitencourt (2012, p. 995):

O campo de abrangência, e, por que não dizer de influência do *princípio da proporcionalidade*, vai além da simples confrontação das consequências que podem advir da aplicação de leis que não observam dito princípio. Na verdade, modernamente a aplicação desse princípio atinge o *exercício imoderado de poder*, inclusive do próprio poder legislativo no ato de legislar. Não se trata, evidentemente, de questionar a motivação interna da *voluntas legislatoris*, e tampouco de perquirir a finalidade da lei, que é *função privativa* do Parlamento. Na realidade, a evolução dos tempos tem nos permitido constatar, com grande frequência, o uso abusivo do “poder de fazer leis *had hoc*”, revelando, muitas vezes, contradições, ambiguidades, incongruências e falta de razoabilidade, que contaminam esses diplomas legais com o *vício de inconstitucionalidade*.

Vale lembrar que o princípio da proporcionalidade é de observância obrigatória em todos os poderes, seja o Judiciário, Legislativo ou o Executivo. Quanto ao Poder Legislativo, é imperioso reforçar que sua atuação deve estar vinculada a razoabilidade, afim de que seja respeitado o princípio da proporcionalidade. Deve, portanto, o Estado agir de forma moderada em sede de processo penal, visto que a atuação do Estado está limitada pelo princípio da razoabilidade. (CANOTILHO apud BITENCOURT, 2012, p. 996).

O Poder Legislativo é limitado em sua atuação, por conta da obrigatoriedade de observância do princípio da razoabilidade. Brillhante posicionamento quanto a isto, realiza Bitencourt (2012, p.996):

Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade viabiliza o controle de sua razoabilidade, que inclui, inclusive, a fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público. Assim, a razoabilidade exerce função controladora na aplicação do princípio da proporcionalidade. Com efeito, é preciso perquirir se, nas circunstâncias, é possível adotar outra medida ou outro meio menos desvantajoso e menos grave para o cidadão.

O Controle de Constitucionalidade operado pelo Poder Judiciário, tem como função primordial o exercício de uma atividade limitadora do Poder Legislativo quando este exerce a função de elaboração das leis. Esta função é essencial, posto que é a uma atividade controladora quando questiona os excessos praticados pelo legislativo, sem que, contudo, infrinja a independência dos Poderes, característica fundamental de um Estado Democrático de Direito.

Para que seja possível a análise da obediência ao princípio da proporcionalidade pelo Estado, é imprescindível que se verifique a existência do “custo-benefício” para a sociedade e para todos aqueles que a integram de forma individualizada. Além disso, a existência deste “binômio” deve ser também concretizada no próprio ordenamento jurídico brasileiro. Este binômio é realizada fazendo os seguintes questionamentos: Há necessidade? Está adequada a atuação do legislativo?

Bitencourt (2012) ensina a como responder a tais questionamentos, quando afirma que para a verificação da “adequação” é imprescindível que a atuação do legislativo seja efetivamente competente e capaz para alcançar suas metas. Quanto a “necessidade” deve-se verificar, se na busca do alcance dos seus objetivos, o Estado utiliza os meios menos gravosos.

Esse é o entendimento manifestado pelo ilustríssimo Mendes (apud BITENCOURT, 2012, p. 997):

[...]em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo *peso* ou *relevância* no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é *adequado* pode ser *necessário*, mas o que é *necessário* não pode ser *inadequado* — e completa Gilmar Mendes — de qualquer forma, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade em sentido estrito*)”.

3.1.2.3 A duração razoável do processo como uma garantia constitucional transgredida

Como se é sabido, a duração razoável do processo constitui-se em uma garantia constitucional fundamental a todos os cidadãos, de modo que, torna-se inconcebível que estes tolerem a inércia e ineficiência estatal quando do exercício das funções que são atribuídas aos seus agentes. Poder-se-ia alegar que o Estado possui uma estrutura política e jurídica ineficiente? Bitencourt (2012, p.998) responde:

A organização política e jurídica de todas as nações independentes confere ao Estado as condições, os meios e toda a estrutura necessária para desenvolver a persecução penal em prazo razoável, nos moldes assegurados não apenas pelos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos como também pela nossa Carta Maior (art. 5º, inc. LXXVIII). Não se pode ignorar que a excessiva demora (além do prazo razoável) da prestação jurisdicional efetiva deve-se exclusivamente à inoperância do Estado, que, com frequência, não cumpre suas funções institucionais em *tempo razoável*. O ônus da inoperância do Estado não pode mais recair sobre os ombros do cidadão acusado, preso ou solto. Aliás, nesse sentido, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem recomendando uma releitura do tempo do processo, que não pode ser confundido com o tempo absoluto e objetivo, devendo relacionar-se à subjetividade individual do acusado, que não se interrompe e nem se suspende em momento algum. Beccaria, a seu tempo, já afirmava que, mais que a gravidade ou extensão da pena, é a celeridade processual que pode produzir os melhores efeitos sobre o acusado.

A infringência ao princípio da duração razoável do processo, tem sido considerada como uma afronta a dignidade da pessoa humana por vários órgãos internacionais. Veja-se, por exemplo, o que a Convenção Europeia de Direito Humanos do ano de 1950, declara em seu Art. 6º, n.1:

“Toda pessoa tem direito a um julgamento dentro de um tempo razoável, perante um tribunal independente e imparcial constituído por lei, para fins de determinar seus direitos e deveres de caráter civil ou sobre o fundamento de qualquer acusação penal que lhe seja imputada. A sentença deve ser lida publicamente, mas o acesso à sala de audiência pode ser vetado à imprensa e ao público durante todo o processo ou parte dele, no interesse da moral, da ordem pública, ou da segurança nacional de uma sociedade democrática, quando o exigirem os interesses dos menores ou a tutela da vida privada das partes, em que a publicidade possa prejudicar os interesses da justiça”.

Nesse mesmo entendimento, tem-se a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que estabelece em seu Art. 7º, nº 5:

“Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Neste aspecto, ao mesmo tempo em que o processo penal consiste em uma ferramenta garantidora de direitos fundamentais, também é vista como um instrumento prejudicial ao acusado, na medida em que posterga demasiadamente o prazo, violando o direito ao prazo razoável. O efeito disto, é o aumento da mancha, da mácula na honra e na dignidade da pessoa sobre a qual recai os efeitos da persecução penal.

Com efeito, há de se considerar que, em que pese o fato de a Constituição Federal considerar todos os indivíduos, de forma presumida, inocentes, não culpados, não é esta a concepção adotada pela sociedade, ao contrário, esta ao ter ciência de meras suposições e especulações, ainda que não sejam efetivamente comprovadas, começam a considerar o acusado como um desonrado, um delinquente, malfeitor, merecedor da mais horrenda punição. Neste sentido, afirma Bitencourt (2012, p.998): “[...] na concepção da opinião pública o “investigado” é presumidamente culpado, exatamente o contrário da presunção constitucional.”

Em que pese a garantia constitucional da “não culpabilidade”, durante todo o curso do processo, o réu deverá obedecer uma série de imposições, tais como a obrigação de informar ao juiz eventual mudança de endereço, o dever de comparecimento aos atos do processo, seus bens não podem ser postos em disponibilidade, nem mesmo àqueles que não tenham qualquer relação ao suposto crime, o direito a locomoção é restringido, e ainda, de forma repetida e muitas das vezes desnecessárias são submetidos à prisões cautelares. Assim, Bitencourt (2012, p. 998) assevera: “[...] o tempo arrasta-se letargicamente num clima de angústia, insegurança e ansiedade, transformando-se em pena por excelência, tão ou mais angustiante que a própria pena privativa de liberdade.”

Neste sentido, é mister expor o posicionamento de alguns doutrinadores a respeito do tema (LOPES e BADARÓ, 2006, p. 128):

“Outra questão de suma relevância brota da análise do ‘Caso Metzger’, da lúcida interpretação do TEDH no sentido de que o reconhecimento da culpabilidade do acusado através da sentença condenatória não justifica a duração excessiva do processo. É um importante alerta, frente à equivocada tendência de considerar que qualquer abuso ou excesso está justificado pela sentença condenatória ao final proferida, como se o ‘fim’ justificasse os arbitrários ‘meios’ empregados”.

Nesta toada, é válido destacar que o processo penal, em um Estado Democrático de Direito, não tem como finalidade apenas o estabelecimento de procedimentos a serem adotados para a efetivação de uma punição, mas tem o propósito, primordialmente, de conter os excessos praticados pelo Estado quando da aplicação das medidas coercitivas. O novo modelo democrático atualmente vigente, impõe que o processo penal possua como finalidade a proteção às garantias e aos direitos fundamentais da pessoa humana assegurados pela Constituição Federal, contendo sempre o anseio exacerbado de punição e repressor do Estado.

Neste sentido, Bitencourt (2012, p.999) afirma:

Na realidade, é inadmissível que se interprete restritivamente o disposto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República, como, desafortunadamente, vem fazendo, majoritariamente, a jurisprudência brasileira, ou seja, limitando-se a relaxar a prisão cautelar quando eventualmente existente. Dessa forma, a demora excessivamente injustificada em solucionar os casos penais impõe que o Estado, por inoperância, incompetência ou inaptidão “abra mão” de seu poder de punir porque, na verdade, já o exerceu por meio da submissão do acusado ou investigado a intenso e prolongado sentimento de incerteza e angústia enquanto se desenrola o processo.

Há de se mencionar ainda que o processo penal, embora não seja expreso, possui um lapso temporal, o qual deve ser respeitado, sob pena de violação a garantia da duração razoável do processo, conforme estabelece a Constituição Federal. O Art. 109 do Código Penal estabelece este lapso temporal, que varia de acordo com o tipo de infração praticada, o que demonstra que o marco temporal do processo penal é individualizado de acordo com seriedade do crime e suas consequências em todos os aspectos. Quando por fim, a pena for concretizada, esse lapso temporal será norteado segundo as regras insertas nos arts. 110 e 117

do Código Penal, para a concretização da pena e para a verificação das causas interruptivas, respectivamente.

Nesse aspecto, é mister que cite-se manifestação de Bitencourt (2012, p. 1000):

Aliás, ao contrário do que geralmente ocorre, com a definição do *prazo razoável*, em termos de prescrição dispõe-se claramente de dados objetivos para a definição do que seja a *duração razoável* para o exercício da persecução penal. Esses dados (marcos temporais), repetindo, estão contidos no art. 109 combinado com o art. 110. Em outros termos, referidos *lapsos temporais* enunciados nesses dispositivos representam o *tempo razoável* considerado pelo legislador para início e conclusão da *persecutio criminis*³⁷. Assim, o tempo razoável oscilará segundo a gravidade da infração penal, v. g., vinte anos, o prazo mais elástico, para os crimes mais graves (art. 109, I), e dois anos, o prazo mais exíguo, para as pequenas infrações (arts. 114, I, e 109, VI³⁸). Esses prazos, por si mesmos longos, são consideravelmente ampliados pelas causas interruptivas constantes do art. 117 e seus incisos, na medida que reiniciam sua contagem, desde o início: interrompida a prescrição, volta a correr novamente, por inteiro. Em outras palavras, o prazo prescricional, pela pena *in concreto*, pode ocorrer várias vezes, no mesmo processo, desde que incompleto. Significa reconhecer que não há prazo fixo para o término ou duração do processo penal, variando segundo o caso concreto, nos limites, logicamente, estabelecidos pelo disposto nos art. 109 e 110 do Código penal, e, agora, sob a garantia constitucional, de não poder ultrapassar sua *duração razoável*. Evidentemente, na ótica do legislador, nos dispositivos que acabamos de referir está identificado o lapso temporal que é considerado prazo razoável (atualmente reconhecido como garantia constitucional), dentro do qual o Estado pode e deve exercer a *persecutio criminis*.

De certo, Bitencourt (2012), questiona mais uma vez a liberdade atribuída ao legislativo, tendo em vista a exclusão de lapso temporal do cômputo deste prazo razoável, tornando inútil, assim, a garantia constitucional firmada pela Carta Magna. Deste modo, o mestre afirma que a exclusão do lapso prescricional que antecede o recebimento da denúncia, confere poderes abusivos a agentes estatais, que se valem de seus cargos para reprimirem de forma exacerbada. Em muitas situações infringem a garantia constitucional da duração razoável do processo, haja vista que não são raras as vezes que tais processos são metidos em gavetas e as investigações são postergadas a prazos extremamente longos, iniciando-se ao “bel prazer” da autoridade competente. Tudo isto, é transformado em um cenário propício ao surgimento de corrupção e chantagens, excesso de poder, e o prejudicado nesta situação, é aquele sobre o qual recai o procedimento investigatório, o acusado. Nas palavras de Bitencourt (2012, p.1001) sobre este cenário propício ao surgimento de

corrupção: “[...]pairando, ilegitimamente, como espada de Dámocles, que a qualquer momento pode recair sobre a cabeça do investigado/processado.” Todas estas consequências incriminadoras geradas pelo processo penal, quando este estende-se exacerbadamente, operam, na verdade, como a própria pena, e pior, sem que haja, contudo, a sua individualização, o julgamento para a prolatação de sentença condenatória. Nessa linha, manifesta Ferrajoli (2012, p. 588):

“é indubitável que a sanção mais temida na maior parte dos processos penais não é a pena — quase sempre leve ou não aplicada —, mas a difamação pública do imputado, que tem não só a sua honra irreparavelmente ofendida, mas, também, as condições e perspectivas de vida e de trabalho; e se hoje se pode falar em valor simbólico e exemplar do direito penal, ele deve ser associado não tanto à pena, mas, verdadeiramente, ao processo e mais exatamente à acusação e à amplificação operada sem possibilidade de defesa pela imprensa e pela televisão”

Neste sentido, é mister demonstrar a reflexão de Bitencourt (2012, p. 1001) quanto a todos os efeitos estigmatizadores do processo penal que recaem sobre o processado: “[...]o tempo é essencialmente corolário do poder punitivo, especialmente quando submete o cidadão a um processo penal, que se mostra abusivo quando ultrapassa o prazo razoável[...]”. Veja-se, portanto, que a submissão do acusado a um processo longo e cansativo, impõe ao Poder Público a abdicação ao seu direito de punir, haja vista que esta punição já ocorrerá durante todo o processo penal, quando impôs limites ao processado, sujeições a punições constrangedoras e as sentimentos de angústias e incertezas.

Nesse aspecto, quando os marcos dispostos nos arts. 109 e 110 do Código Penal não são respeitados, e em consequência disso, o processo prolonga-se por prazos que os infringem, há nítida violação a garantia constitucional da duração razoável do processo, nos termos do Art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, o devido processo penal a segurança jurídica, nos termos do Art. 5º, incisos LIV e XXXIII, da Constituição da República. Há de se mencionar ainda, que este cenário viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

Veja-se importante comentário de Bitencourt (2012, p. 1002) a respeito do tema:

Enfim, pode-se questionar a prescrição, os prazos, a morosidade judicial, e sua relação com a impunidade. Tais questionamentos, no entanto, não legitimam a criação de distorções que desrespeitem os princípios da proporcionalidade, da duração razoável do processo e da culpabilidade, fazendo incidir, de forma idêntica, a norma penal sobre comportamentos ontologicamente diferentes, sem um mínimo de individualização. Ora, a nova regra afronta esses princípios, pois o lapso prescricional deixa de relacionar-se com o fato delituoso concretamente, bem como com a individualização da responsabilidade penal; na verdade, passa a ser pautado apenas pela pena abstratamente cominada, mesmo após a devida instrução criminal, a individualização da pena e a adequada resposta penal, principalmente no período compreendido entre o fato e o recebimento da denúncia, que pode ser desarrazoadamente longo e, agora, sem ser considerado.

Assim, sendo, diante de todos os esclarecimentos acima mencionados e de todos os posicionamentos, afim de que haja maior proteção a garantia constitucional da duração razoável do processo, o dispositivo legal aqui tratado deve ser declarado inconstitucional, visto que viola os princípios da proporcionalidade e da duração razoável do processo.

3.1.3 Prescrição da pretensão punitiva intercorrente

A prescrição da pretensão punitiva intercorrente ou subsequente muito se assemelha com a prescrição da pretensão punitiva retroativa, vez que ambas as espécies de prescrições tem por base a pena em concreto aplicada na sentença. A diferença destes dois tipos de prescrições consiste no fato de que a prescrição retroativa dirige-se para o período que antecede a sentença, enquanto que a prescrição superveniente dirige-se para o período posterior a sentença condenatória.

Nestes termos, a prescrição intercorrente, também denominada de superveniente ou subsequente é caracterizada pelo fato de o seu prazo começar a correr a partir da sentença condenatória, e finda no momento em que ocorre o trânsito em julgado para a defesa e para a acusação.

Bitencourt (2012), ensina os pressupostos para a prescrição superveniente, quais sejam:

- a) Não tenha havido a prescrição em abstrato, nem a prescrição retroativa;
- b) Haja sentença condenatória;

c) Tenha havido o trânsito em julgado para a acusação ou que seu recurso tenha sido improvido.

Enfim, após a análise dos seus pressupostos, a existência da prescrição intercorrente será obtida mediante a adoção de algumas medidas, quais sejam:

a) Dever-se-á tomar a pena aplicada na sentença, ou seja, a pena em concreto. Nesta fase deverão ser descartadas as majorantes oriundas de concurso formal próprio e crime continuado.

b) Segundo a análise do Art. 109 do Código Penal, verificar qual o prazo prescricional relacionado a pena aplicada.

c) Verificar a existência de circunstância que modifique o lapso da prescrição do Art. 115 do Código Penal.

3.2 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

A prescrição da pretensão executória poderá ocorrer somente após a sentença condenatória transitada em julgado. Será regulada pela pena aplicada, conforme estatui o Art. 110 do Código Penal e em consonância com os prazos dispostos no Art. 109 do mesmo Diploma Legal. Caso não seja exercida a pretensão executória no lapso temporal determinado em lei, o Poder Público não poderá executar a penalidade aplicada ao acusado. É importante destacar que este tipo de prescrição gera efeitos somente com relação a extinção da pena, logo, todos os demais efeitos da sentença condenatória permanecerão intactos.

Bitencourt (2012) ensina os pressupostos da prescrição da pretensão executória, veja-se:

a) Inexistência da prescrição da pretensão punitiva abstrata, ou retroativa ou superveniente;

b) Sentença condenatória transitada em julgada, logo, não mais passível de recurso;

c) Não exercício da pretensão executória pelo Estado.

Para que seja encontrado o prazo prescricional, algumas medidas deverão ser tomadas, quais sejam:

1- Será tomada a pena privativa de liberdade aplicada na sentença:

a) Caso ocorra a fuga do condenado ou o livramento condicional seja revogado, será tomado o restante da pena a se cumprir, nos termos do Art.113 do Código Penal.

b) Deverão ser desconsideradas eventuais majorantes decorrentes de concurso formal ou de crime continuado.

2- Nos termos do Art. 109, aferir a prescrição que corresponda a pena;

3- Averiguar a presença de causas que modifiquem a prescrição, o seu lapso temporal:

a) Reincidência. O lapso prescricional é aumentado em um terço quando é reincidente, o condenado.

b) No caso disposto no Art. 115 do Código Penal, o lapso prescricional é reduzido a metade.

4 TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO

4.1 DA PRETENSÃO PUNITIVA

O Art. 111 do Código Penal, prevê o momento em que começará a correr a prescrição, veja-se:

- I — do dia em que o crime se consumou;
- II — no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;
- III — nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;
- IV — nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

Como se é sabido, a prescrição da pretensão punitiva é obtida mediante a verificação da pena abstrata, as exceções a esta regra são as prescrições retroativa e superveniente, nos termos do Art. 110, §1º do Código Penal.

Insta mencionar ainda que, para que se afira o termo de início da prescrição, deve-se verificar o dia da consumação do crime, seja ele instantâneo ou permanente. Pois a regra é que a prescrição começa a correr a partir da data da consumação do delito. A dúvida que surge neste momento é quanto ao disposto no Art. 4º do Código Penal, que estabelece que o tempo do crime é o momento da ação. Não obstante ao estabelecido no referido dispositivo legal, o Código Penal, adota a Teoria do Resultado, como uma exceção em se tratando de prescrição. Quando o crime se der na forma tentada ou for crime permanente, é adotada a Teoria da Atividade, como regra geral. No caso do crime permanente a conduta do agente é estendida ao longo do tempo, a consumação se dá quando o agente cessa, enfim, a conduta criminosa. A partir daí começará a se contar a prescrição, ou seja, do dia da cessação da permanência.

Quanto aos crimes de bigamia e falsificação ou alteração de assentamento de registro civil, Bitencourt(2012, p. 1004) ensina: “[...] a prescrição começa a correr da data em que a autoridade pública tomou conhecimento do fato.” Busato (2013, p. 595) declara ensina: “[...] o termo inicial deve ser a data em que o fato se tornou conhecido”

A lei 12.650/2012 trouxe uma importante alteração no Código Penal, inserindo em seu Art. 111, o inciso V, estabelecendo:

“nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.”

Sobre este assunto, Busato (2013, p. 595) complementa com maestria:

“A razão para isso é que nos crimes sexuais envolvendo crianças e adolescentes, a procrastinação no deflagrar da persecução penal envolve outros fatores além dos tradicionais relacionados à prescrição, pois surge o medo de manifestar a respeito do fato, a vergonha de ser vítima e de expor a situação a que foi submetida, a sensação de humilhação e impotência, especialmente em situações onde os algozes são os próprios responsáveis legais, logrando impedir que o fato venha a tona.

Desse modo, o foco do legislador certamente foi permitir que haja ainda persecução quando a vítima, mais madura e em condições de enfrentar melhor as consequências de um processo, possa manifestar sua vontade. Assim, alterou-se o marco inicial da prescrição envolvendo os delitos praticados contra dignidade sexual das vítimas para favorecer sua intervenção.”

4.2 DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

O Art. 112 do Código Penal ensina o termo inicial da prescrição da pretensão executória, quais sejam:

- a) Do dia em que a sentença condenatória transitou em julgado para a acusação: Neste item, o STJ decidiu de forma contrária a este inciso, entendo que o termo inicial para a contagem do prazo da prescrição da pretensão executória é quando há o trânsito em julgado da sentença condenatória para ambas as partes, pois se assim não fosse, o início da execução da pena seria inviável, haja vista a inexistência de sentença penal definitiva. Tal entendimento realizado pelo STJ está em perfeita consonância com o disposto no Art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.
- b) Do dia da revogação do SURSIS ou o livramento condicional: Sobre este item, Cunha (2014, p. 306) realiza o seguinte comentário:

A suspensão condicional da pena (art. 77 do CP) e o livramento condicional (art. 83, CP) são incidentes da execução da penal e, durante esses incidentes, não corre a prescrição. Porém revogado um desses benefícios,

conforme o estabelecido no Art. 112, inciso I, 2ª parte, do Código Penal, a prescrição começa a correr da data em que passa em julgado a sentença revocatória.

c) Do dia da evasão do cárcere: Se o preso evadir-se do cárcere, a prescrição começará a correr da data da fuga, ou seja, do dia em que o cumprimento da pena foi interrompido. Nesta situação, conforme estatui o Art. 113 do Código Penal, a PPE será regulada pelo tempo que resta a pena, nas palavras de Cunha (2014, p. 306): “[...]com base no *quantum* restante da pena, nos casos de revogação do livramento condicional ou evasão do condenado.”

Vale destacar que o STJ tem entendido, de forma excepcional, que é admitido recurso por analogia para aplicação do referido dispositivo legal, na hipótese em que o condenado deixa de cumprir a pena restritiva de direito⁵.

Não obstante o entendimento do STJ quanto a referida possibilidade de recurso por analogia, os tribunais superiores não tem permitido a aplicação do Art. 113 do Código Penal para ampliar a interpretação no sentido de permitir que a prescrição seja calculada computando-se o tempo de prisão provisória. Nesse sentido, segue decisão do STJ:

HABEAS CORPUS Nº 176.325 - ES (2010/0109174-8) RELATOR : MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE) IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO ADVOGADO : SAMANTHA PIRES COELHO - DEFENSORA PÚBLICA IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO PACIENTE : PATRICIA ROCHA DE ALMEIDA DECISÃO Habeas corpus contra a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo que, provendo o agravo em execução criminal interposto pelo Ministério Público Estadual, tornou sem efeito a sentença que concedeu a extinção da punibilidade à Patrícia Rocha de Almeida, condenada à pena de 1 ano e 4 meses de reclusão, pela prática do de (quatro) lito tipificado no artigo 155, parágrafo 4º, inciso IV, c/c o art. 14, inciso II, do Código Penal. A prescrição da pretensão punitiva funda o writ. A impetrante sustenta que, "verifica-se, in casu, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, pois subtraindo-se da reprimenda o período em que a paciente estivera presa em virtude da prisão provisória, resta configurada a extinção da punibilidade. Isso porque a impetrante ficou presa provisoriamente por um período de 4 meses e 14 (quatro) dias, prisão (quatorze) esta, data venia, indevida, eis que ao final do processo lhe foi aplicada uma pena restritiva de direito" . Pugna, liminarmente e n (fls. 5-6) o

⁵ STJ- Sexta turma – HC 225.878-Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 25/04/2012; STJ – Sexta Turma – HC 101.255 Rel. Min. Haroldo Rodrigues (des. Convocado TJ/CE) – Dje 07/12/2000. Em sentido contrário: STJ – Quinta Turma – HC 98.226 – Rel. Min. Jorge Mussi – Dje 13/10/2009

mérito, pela extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pena remanescente. Tudo visto e examinado. Decido. Desprovida de previsão legal específica, a li (artigos 647 a 667 do Código de Processo Penal) minar em sede de habeas corpus, admitida pela doutrina e jurisprudência pátrias, reclama, por certo, a demonstração inequívoca dos requisitos cumulativos das medidas cautelares, quais sejam, o periculum in mora e o fumus boni iuris. É esta a letra do acórdão impugnado: "No mérito a questão é singela. (...) O Magistrado sentenciante entendeu por fazer a detração penal da reeducanda, ora agravada, sendo que pelo restante de pena a cumprir - 11 meses e 16 dias, ocorre (dezesseis) a prescrição da pretensão executória, já que no seu entendimento, prescreve em 02 anos, se levado em conta (dois) o tempo restante de pena, o que já teria sido implementado. E foi citado pelo Magistrado em sua decisão, acórdão da lavra da segunda Câmara Criminal neste sentido, qual seja, da possibilidade de ser contado o tempo restante de cumprimento de pena, depois de efetivada a detração penal, para efeitos de prescrição. Todavia, S.M.J. desta Egrégia Primeira Câmara Criminal, e em que pese o fato de haver uma jurisprudência firmada pela Segunda Câmara Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça, há vasta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de não se prestar, para efeitos de prescrição, a detração penal, confira-se: 1. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça o período em que o réu permanece preso provisoriamente, em razão de flagrante, serve apenas para desconto da reprimenda a ser cumprida, não se empregando a detração para fins prescricionais. Interpretação restritiva do art. 113 do CP. 1. [...] (STJ, HC 57.926/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2009, DJe 21/09/2009) Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça o período em que o réu permanece preso provisoriamente, em razão de flagrante, serve apenas para desconto da reprimenda a ser cumprida, não se empregando a detração para fins prescricionais. 2. Recurso especial conhecido e provido para restabelecer a execução penal. 1. (STJ, REsp 1095225/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 03/08/2009) É firme o entendimento desta Corte no sentido de que o período em que o réu permanece preso provisoriamente, em razão de flagrante, serve apenas para desconto da reprimenda a ser cumprida, não se empregando a detração para fins prescricionais. (HC 22.484/SP, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, Quinta Turma, DJ de 2/6/03) Precedentes. 2. Ordem denegada. A apl (STJ, HC 67.491/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2007, DJ 05/11/2007 p. 304) icação do art. 113 do Código Penal é restrita às situações por ele especificadas, quais sejam, evasão de condenado ou revogação de livramento condicional. Impossibilidade de aplicação extensiva ou analógica. O período de prisão provisória do réu é levado em conta apenas para o desconto da pena a ser cumprida, sendo irrelevante para fins de contagem do prazo prescricional, que deve ser analisado a partir da pena concretamente imposta pelo Julgador e, não, do restante da reprimenda a ser executada pelo Estado. Precedentes do STJ e do STF. Recurso provido, nos termos do voto do relator. Detra (STJ, REsp 858.809/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 06/08/2007 p. 664)ção. Período de prisão preventiva ou cautelar. Contagem ou cálculo para fim de prescrição da pretensão punitiva. Inadmissibilidade. Medida restrita à execução e cumprimento de pena. HC denegado. Inteligência dos arts. 42 e 113 do CP. Precedentes. O tempo de prisão cautelar não pode ser computado para efeito de prescrição: (STF, HC 96287, Relator (a) Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 31/03/2009, DJe-094 DIVULG 21-05-2009 PUBLIC 22-05-2009 EMENT VOL-02361-04 PP-00769 LEXSTF v. 31, n. 366, 2009, p. 331-334). a jurisprudência desta Corte é no sentido de que o período pelo qual o extraditando ficou preso no Brasil, em razão do pedido extraditacional, tem efeito apenas na detração da pena a ser cumprida no país requerente, mas

não na prescrição. 5. Extradução parcialmente deferida : Min. MARÇO AURÉLIO, Relator p/ Ac (a)órdão: Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2008, DJe-097 DIVULG 29-05-2008 PUBLIC 30-05-2008 EMENT VOL-02321-01 PP-00011 RCJ v. 22, n. 141, 2008, p. 132). O tempo de prisão provisória não pode ser computado para efeito da prescrição, mas tão-somente para o cálculo de liquidação da Pena. O artigo 113 do Código Penal, por não comportar interpretação extensiva nem analógica, restringe-se aos casos de evasão e de revogação do livramento condicional. Ordem denegada (RHC 85026, Relator (a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 26/04/2005, DJ 27-05-2005 PP-00022 EMENT VOL-02193-01 PP-00123 RTJ VOL-00194-02 PP-00652). 1. A prescrição regulada pela pena residual (CP, art. 113) não admite o cômputo do tempo de prisão provisória e só abrange as hipóteses de evasão do condenado ou revogação do livramento condicional. O prazo de prescrição da pretensão executória é o previsto no art. 110, do Código Penal, ou seja, calcula-se com base na pena aplicada. A detração (CP, art. 42) é feita quando do cumprimento da pena. Precedente: HC 69.865, rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, unânime, DJ de 26/11/1993. 2. RHC improvido:(RHC 84177, Relator (a) Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 29/06/2004, DJ 20-08-2004 PP-00060 EMENT VOL-02160-02 PP-00270).' Assim, tenho que a decisão proferida merece ser totalmente reformada, eis que a jurisprudência dos Tribunais Superiores nos oferece um porto seguro ao deslinde da questão e no sentido totalmente contrário do entendimento do Douto Magistrado. Ademais, é de se registrar que o próprio Juiz, em sua sentença, mencionou que a reeducanda sequer compareceu perante o Juízo para dar início ao cumprimento da pena, tendo o Ministério Público, de forma indignada, registrado que a apenada não foi encontrada no endereço fornecido nos autos e nem sequer atendeu à intimação por Edital, demonstrando, com essas condutas, sua intenção de escapar à aplicação da lei penal. Assim, ditas essas coisas, conheço do recurso interposto e a ele dou provimento, devendo ser dada continuidade ao processo de execução, na forma legal, tornando sem efeito a sentença que concedeu a extinção da punibilidade à apenada". In casu, afora o acórdão impugnado não ostentar ilegalidade manifesta qualquer, perceptível primus ictus oculi, trata-se o pleito cautelar, em natureza, de ped (fls. 49-51) ido de antecipação de tutela, indubiosamente satisfativo, implicando o seu acolhimento em usurpação da competência do órgão coletivo, proibida ao Relator. Liminar indeferida. Solicitem-se informações ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, a serem prestadas com a maior brevidade possível. Com a resposta, ao MPF. Publique-se. Brasília, 26 de julho de 2010. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO No exercício da Presidência

(STJ - HC: 176325 , Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Data de Publicação: DJe 10/08/2010)

5 CAUSAS SUSPENSIVAS OU IMPEDITIVAS DA PRESCRIÇÃO

Primeiramente, é necessário que se explique o que venha a ser suspensão da prescrição. Suspensão da prescrição consiste, nas palavras de NUCCI (2014, p.565) na “[...]paralisação do seu curso, sem perda do tempo já computado.”

O Código Penal, em seu Art. 116, prevê as hipóteses de suspensão da prescrição, quais sejam:

a) Enquanto não resolvida, em outro processo, questão prejudicial de que dependa o reconhecimento da existência do crime: As questões prejudiciais estão previstas nos arts. 93 e 94 do Código de Processo Penal. Tais questões incidentais classificam-se em obrigatórias e em facultativas. As questões obrigatórias são aquelas que dizem respeito ao estado civil das pessoas. Se a controvérsia tiver relevância, ou seja, se sua solução for difícil, o processo criminal deverá ser suspenso até que a questão prejudicial no processo cível seja resolvida. (TÁVORA e ROQUE, 2015, p. 174). Um exemplo citado por estes respeitáveis doutrinadores, é com relação ao crime de bigamia, isto é, se o primeiro casamento foi válido ou não, neste caso, somente após a sentença a respeito (no juízo cível), será então possível verificar a existência ou não do crime de bigamia no processo penal. As questões facultativas, são todas aquelas cujos temas sejam diversos da situação exposta no Art. 92 do Código de Processo Penal, neste caso, poderá ocorrer a suspensão do processo, nos termos do Art. 93 do mesmo Diploma Legal. Ainda sobre este item, Nucci (2015, p. 565), prudentemente comenta:

Lembremos que a questão prejudicial precisa estar conectada à prova da *existência* do crime e não de meras circunstâncias que o volteiam. Ex.: se alguém estiver sendo processado por bigamia, embora, no foro cível, esteja tramitando ação de anulação de um dos casamentos, deve o magistrado suspender o feito criminal até a resolução da questão prejudicial. Note-se que, nessa hipótese está-se discutindo a *existência* do delito de bigamia. Por outro lado, se alguém está sendo processado por tentativa de homicídio, havendo a desconfiança de ser a vítima irmã do acusado, não se suspende o feito para aguardar eventual processo cível que apure tal parentesco. Afinal, diz respeito a uma circunstância do crime (agravante de delito cometido contra irmão) e não quanto à existência.

b) Enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro;

c) Depois de passada em julgado a sentença condenatória, durante o tempo em que o condenado estiver preso por outro motivo.

Quanto as hipóteses das alíneas “b” e “c”, segundo declara Nucci (2015, p.566): “[...]decorrem da lógica impossibilidade de fazer valer a sanção penal. Se o acusado está preso no estrangeiro, distante da jurisdição brasileira, é preciso aguardar a sua soltura[...]; se o condenado estiver preso por outro motivo, seja porque cumpre a pena de outro delito ou por que esteja preso provisoriamente, dever-se-á esperar o término do cumprimento de tais prisões afim de que seja executada a outra pena concretizada na sentença.

Vale mencionar ainda, outras causas que suspendem a prescrição citadas por Nucci (2015 p. 566), veja-se:

- a) se for suspenso processo contra parlamentar, atento à imunidade processual (art. 53, § 5.º, CF);
- b) durante o período de cumprimento da suspensão condicional do processo (art. 89, § 6.º, Lei 9.099/95);
- c) enquanto o processo está suspenso em virtude da citação por edital do réu (art. 366, CPP);
- d) enquanto se cumpre carta rogatória (art. 368, CPP).

5.1 CAUSAS INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO

Diferentemente do que ocorre com as causas suspensivas da prescrição, as causas interruptivas zeram o lapso prescricional, ou seja, todo o período prescricional já decorrido é iniciado do zero, inicia-se então, uma nova contagem, nos termos do Art. 117, §2º, do Código Penal.

Segue abaixo as causas interruptivas da prescrição da pretensão punitiva:

a) Recebimento da denúncia ou da queixa (art. 117, I, CP). Este recebimento pode ocorrer tanto na 1ª como na 2ª instância. Segunda instância? Sim, neste caso se o juiz rejeitar o recebimento da denúncia, a acusação poderá ingressar com o recurso, e caso seja provido na 2ª instância, a denúncia será recebida.

Para que haja a interrupção da prescrição, deve ser considerada a data da publicação em cartório do ato do recebimento da denúncia ou queixa. Logo, a data em que efetivamente fora realizada o recebimento da denúncia, não deve ser considerada para efeitos de interrupção da prescrição.

Questão relevante é quando a decisão de recebimento da denúncia houver sido proferida por juiz incompetente. Nucci (2014, p. 567) ensina que nestes casos, mesmo que esta decisão seja anulada, a prescrição continuará interrompida, caso a incompetência seja relativa. No entanto, se a incompetência for absoluta, o prazo prescricional não será interrompido.

b) Pronúncia (Art. 117, II, CP): A pronúncia consiste em uma decisão interlocutória mista prolatada pelo juiz togado na primeira fase do júri, a fim de que o acusado seja submetido a julgamento em plenário pelo Tribunal do Júri. Tal decisão será prolatada, caso existam indícios suficientes de autoria do crime e prova da materialidade delitiva. É uma decisão interlocutória mista, pois põe fim a primeira fase do júri e inicia a segunda fase do Júri.

Ocorre que, se na segunda fase do Júri, o Tribunal do Júri desclassificar o crime para outro que não esteja dentre aqueles pertencentes a categoria “Crimes contra vida”, a interrupção da prescrição ocasionada pela denúncia subsistirá? Sim, conforme estabelece a Súmula 191 do STJ que assim preleciona: “A pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime”.

c) Decisão confirmatória da pronúncia (Art. 117, III, CP): Esta decisão é aquela proferida pelo Tribunal em grau de recurso, quando em primeira instância o juiz da primeira fase do júri pronunciar o réu. Este recorre desta decisão de pronúncia e o Tribunal, confirma tal decisão. Inclui-se aqui também, a hipótese em que o réu é impronunciado ou absolvido sumariamente e o Tribunal, em grau de recurso, obviamente interposto pela acusação, altera tal decisão, pronunciando o réu.

d) Publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis (Art. 117, IV, CP): Nos termos do Art. 389 do Código de Processo Penal, em caso de prolação de sentença condenatória recorrível, interrompe-se a prescrição no dia da publicação nas mãos do escrivão. Caso trate-se de acórdão, computa-se o dia em que for realizado o julgamento pela câmara ou turma. É neste dia, que considera-se publicado o acórdão, haja vista que é neste momento que a decisão do Tribunal é tornada pública (NUCCI, 2014,p. 568). Quanto a decisão que impõe ao acusado medida de segurança? Entende Nucci (2014) que a prescrição não deve ser interrompida nesta hipótese, visto que esta decisão consiste em uma sentença absolutória, denominada também de absolutória imprópria.

Em se tratando de acórdão que apenas confirme a sentença condenatória, não deve aquele ser considerado como uma causa interruptiva da prescrição, tendo em vista a sua falta de previsão legal. A Lei 11.596/2007 não abrange como causa interruptiva da prescrição o acórdão confirmatório da sentença condenatória. Neste momento, é imprescindível que não se confunda acórdão confirmatório com acórdão condenatório. No primeiro caso, o juiz de primeiro grau prolate sentença condenatória, esta sentença é objeto de recurso interposto perante o Tribunal, este por sua vez, não faz qualquer reforma, o colegiado apenas decide em acórdão a confirmação da sentença condenatória.

Ressalta-se ainda que o acórdão absolutório não interrompe a prescrição. Se na primeira instância o réu for condenado, mas em grau de recurso o Tribunal absolve o réu, este acórdão não interrompe a prescrição. Sobre este assunto, Nucci (2014, p. 568) contrapõe:

Deveria o acórdão, *qualquer que fosse o seu conteúdo*, servir como marco interruptivo da prescrição, tendo em vista que os recursos levam muito tempo para ser julgados atualmente. Entretanto, somente se incluiu o acórdão reformador da decisão absolutória, cuja finalidade é *condenar* o réu, pela primeira vez.

Faz-se mister, expor no presente trabalho, três posicionamentos no que tange ao acórdão que agrava a pena, funcionando como uma causa que interrompe a prescrição, veja-se:

Uma dessas correntes doutrinárias defende que o acórdão que agrava a pena, serve como uma causa que interrompe a prescrição; A outra corrente doutrinária, por sua vez, defende que este acórdão agravador da pena não serve como causa interruptiva da prescrição, visto que o Art. 117 do Código Penal não o menciona de forma expressa, como uma causa que interrompe a prescrição. A terceira corrente, enfim, defende que o acórdão que agrava a pena somente servirá como uma causa interruptiva da prescrição, se houver unanimidade, e obviamente, suscetível de lhe ser oposto embargos infringentes.

5.2 CAUSAS INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

Abordadas as causas interruptivas da prescrição da pretensão punitiva do Estado, é necessário que se exponha, igualmente, as causas que interrompem a prescrição da pretensão executória, que estão por sua vez, assim versadas abaixo:

A) Início ou continuação do cumprimento da pena (Art. 117, V, CP): Após a condenação transitada em julgado para ambas as partes, caso tenha sido o réu condenado a pena privativa de liberdade, será expedido para ele, o mandado de prisão, ou caso lhe tenha sido imposto o cumprimento da pena restritiva de direito, será expedido o mandado de intimação. Quando o condenado, é preso, dando início ao cumprimento da pena privativa de liberdade, o prazo prescricional é interrompido, o mesmo ocorre quando do início do cumprimento da pena restritiva de direito, ocorre a interrupção do prazo prescricional. Se o condenado deixar de cumprir as restrições impostas, ou fugir da prisão, a contagem do prazo prescricional é reiniciado, interrompendo-se quando o condenado continuar a cumprir a pena. Sobre este assunto, Bitencourt (2012, p. 1014) complementa:

Com a prisão do agente, para cumprir pena, interrompe-se a prescrição, iniciada com o trânsito em julgado da sentença, para a acusação. Com a continuação da prisão, interrompida pela fuga, ou decorrente de revogação do livramento condicional, interrompe-se a prescrição. No entanto, nessas duas hipóteses, a prescrição volta a correr, não por inteiro, mas pelo resto de pena que falta cumprir (art. 113). Evidentemente, durante o período de prova do *sursis* e do livramento condicional, não corre a prescrição executória, pois é como se estivesse cumprindo a pena.

B) Reincidência (Art. 117, VI, CP): Outra causa interruptiva da prescrição. Conforme estatui o Art. 63 do Código Penal, reincidente é aquele que após já ter sido condenado no Brasil ou no exterior por crime anteriormente praticado e já transitado em julgado, comete novo crime. Ocorre que existe uma discussão a respeito, sobre qual momento exatamente pode-se considerar que a prescrição fora interrompida.

5.2.1 Interrupção da prescrição pela reincidência

Ponto relevante que tem sido alvo de discussões doutrinárias, consiste na interrupção pela reincidência, isto é, pela prática de novo crime. Como explanado anteriormente, a partir de qual momento, em exatidão, pode-se considerar a prescrição como interrompida.

Existem dois posicionamentos a respeito. Um desses posicionamentos sustenta a tese de que a data a ser considerada para a interrupção da prescrição é aquela que torna a condenação do segundo crime definitiva, ou seja, que transita em julgado a sentença, isto, para que seja respeitado o princípio da presunção de inocência. No que tange a este posicionamento doutrinário, Nucci (2014, p. 569) manifesta sua discordância quando declara: “[...] não é a correta, em nosso entendimento, pois a lei é clara ao mencionar apenas “reincidência”, que é o cometimento de outro crime depois de já ter sido condenado.” Neste mesmo sentido, ensina Porto (apud NUCCI, 2014, p. 569) em conformidade com o posicionamento de Nucci:

[...] o réu será considerado reincidente quando passar em julgado a condenação pelo segundo crime; mas o momento da interrupção da prescrição, relativamente à condenação anterior, é o dia da prática do novo crime, e não a data da respectiva sentença. A eficácia desta retroage, para esse efeito, à data em que se verificou o segundo delito.

Este último posicionamento parece ser o melhor, visto que a reincidência não se configura com a condenação transitada em julgado do novo crime cometido, mas sim, basta que se pratique novo crime após condenação pela prática de crime anterior.

6 O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO E A PRESCRIÇÃO VIRTUAL

A prescrição virtual, também denominada de prescrição antecipada, nas palavras de Nucci (2014, p. 558) “[...] leva em conta a pena a ser virtualmente aplicada ao réu, ou seja, a pena que seria, em tese, cabível ao acusado por ocasião de futura sentença.”

Cunha (2014, p. 303) também denomina este tipo de prescrição além de virtual e antecipada, de “por prognose”, e de forma bem clara define esta prescrição da seguinte forma:

Trata-se de criação jurisprudencial, sem amparo legal, que tem por finalidade a antecipação do reconhecimento da prescrição retroativa. O seu fundamento reside na falta de interesse de agir do Estado no prosseguimento da ação penal cuja sentença, dadas as circunstâncias do crime e condições própria do réu, será fixada em patamares mínimos, conduzindo o juízo, no futuro, ao certo reconhecimento da prescrição retroativa.

Para melhor elucidação deste tema, é mister a apresentação de uma exemplificação apresentada por Cunha (2014), João é denunciado pela suposta prática do crime tipificado no Art. 154, “caput” do Código Penal, cuja pena é de 1(um) a 4 (quatro) anos. João não é reincidente e é portador de bons antecedentes. A prescrição em abstrato deste crime é de 8(oito) anos (Art. 109, IV, CP), tendo em vista a pena máxima cominada ao crime de furto ser de 4 (quatro) anos. Suponha-se que a instrução criminal já ultrapassou 4 (quatro) anos, sem que tenha havido a prolação de sentença, não houve ainda a prescrição em abstrato. Ocorre que, quando o juiz prolatar a sentença, certamente aplicará a pena mínima, 1 (um) ano, ou pena que não ultrapasse a 2 (dois) anos. Então, quando esta sentença fosse prolatada, seria reconhecido a prescrição retroativa, a PPPR. Indaga-se, sabedor desta situação, não poderia o juiz antecipar a Prescrição retroativa, reconhecendo assim, a prescrição virtual? Primeiramente, é mister a exposição de duas correntes doutrinárias explicitadas por Nucci (2014), que respondem a este questionamento.

a) O código de Processo Penal estabelece a necessidade de haver justa causa para o oferecimento da denúncia. Logo, quando o representante do Ministério Público verifica que a pena virtual a ser aplicada, no futuro, não ultrapassaria muito a mínima

prevista, tendo em vista as circunstâncias judiciais e pessoais do réu serem favoráveis, logo ao ser aplicada a pena, com 99,9% de chance de ser a mínima, suponha-se que se faria presente nesta hipótese a prescrição da pretensão punitiva retroativa, qual seria o interesse do Estado em prosseguir na persecução penal? Ajuizaria a demanda mesmo sabendo que seriam produzidas provas, fariam alegações finais para a prolação de uma sentença, cujo conteúdo já seria sabido pelas partes? Ou seja, que haveria a prescrição da pena em concreto? Por este motivo, esta corrente doutrinária entende que a prescrição virtual deve ser aplicada, logo o representante do Ministério Público pediria o arquivamento do inquérito policial por determinação do juiz, por falta de interesse de agir.

Neste sentido, esclarece Nucci (2014, p.559):

Entretanto, continuamos sustentando a possibilidade de se resolver a questão pela via processual, no campo do interesse de agir. Se for detectada a prescrição virtual, antes do oferecimento da denúncia ou queixa, pode o órgão acusatório requerer o arquivamento do inquérito, por falta de interesse de agir, no âmbito da inexistência de utilidade para a ação penal.

b) A outra corrente doutrinária entende que a prescrição virtual é inaplicável. Logo, o processo deve ser instruído normalmente, e somente após a prolação da sentença, momento em que se obterá a pena em concreto, pode-se considerar extinta a punibilidade pela prescrição. Aqui, deve-se cumprir os trâmites legais, sendo inadmissível suposições sobre qual a pena ser aplicada ao caso concreto. Inclui-se também nesta corrente, aqueles que defendem o princípio da presunção de inocência. Sobre este aspecto, de forma específica, Nucci (2014, 558) complementa: “[...] fundado no princípio constitucional da presunção de inocência. Portanto, rejeitar a denúncia com base em pena ainda não aplicada seria o mesmo que considerar o réu precocemente culpado.”

Vale destacar ainda, o que Bitencourt (2012, p. 989) pondera a respeito deste tipo de prescrição, que para ele, é por inteiro inconstitucional, veja-se:

Finalmente, não há suporte jurídico para o *reconhecimento antecipado da prescrição retroativa*, como se está começando a apregoar, com base numa *pena hipotética*¹¹. 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. 5º, LVII, da CF).

Como se aduz da brilhante argumentação acima, esta medida violaria o princípio constitucional da presunção de inocência, sendo, portanto, extremamente incoerente.

Embora parte da doutrina defenda que a aplicação deste tipo de prescrição, violaria o princípio da presunção de inocência, deve-se considerar que se já é sabida a pena a ser aplicada ao réu, e que portanto, em razão da pena concretizada seria aplicado o instituto da prescrição retroativa, qual então seria a razão de se esperar a prolação de sentença para declarar a extinção da punibilidade? A justificativa para isto seria a necessidade de respeito ao princípio da presunção de inocência? Ora, Nucci (2014) posiciona a respeito, e afirma que os princípios e garantias fundamentais esculpidos na Constituição, não podem servir como uma justificativa que prejudique o réu, haja vista que tais direitos e garantias tem a finalidade de proteção a todos àqueles que estiverem sujeitos a atos abusivos pelo Estado, inclusive aí, aqueles que estão submetidos a um processo criminal árduo e cansativo. Sendo assim, é imperioso revelar a argumentação deste mestre (NUCCI, 2014, p. 559):

Aliás, quanto à posição dos que invocam o princípio da presunção de inocência, vale ressaltar que os direitos e garantias fundamentais não podem servir de pretexto para prejudicar o réu, pois constituem a sua proteção contra o abuso do Estado. Logo, é muito mais razoável arquivar-se, desde logo, o inquérito do que submeter o réu a longo processo para, ao final, ser julgado e condenado – o que ficará inscrito na sua folha de antecedentes – para então constatar-se a prescrição. Inexiste fundamento lógico para tanto.

Muito embora, existam fortes argumentos doutrinários quanto a necessidade de aplicação da prescrição virtual, os tribunais superiores entendem que é inaplicável este tipo de prescrição, inclusive o STJ editou uma súmula, com seguinte teor: “ É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento com pena hipotética, independentemente da existência ou sorte de processo”.

É imperioso ainda, que se esclarece que não há mais que se falar em prescrição virtual no período que antecede a denúncia ou queixa, logo, se não

houver a prescrição em abstrato entre a data do fato e o recebimento da denúncia, jamais poderia, com base neste período, ser declarada a prescrição retroativa, sendo assim, não subsistiram mais as bases para a prevalência da prescrição virtual. Isto, é o que declara Nucci (2014, p. 559):

Por derradeiro, vale registrar a perda de base para esta discussão, após o advento da Lei 12.234/2010, que eliminou a prescrição retroativa, levando-se em conta período anterior à data do recebimento da denúncia ou queixa. Assim sendo, todos os delitos cometidos a partir de 6 de maio de 2010 (data de publicação e vigência da referida lei), não mais dispõem da prescrição retroativa, para o período entre a data do fato e a do recebimento da peça acusatória, deixando de gerar interesse para o cálculo da prescrição virtual ou antecipada. Noutros termos, deve haver denúncia ou queixa, desde que não tenha ocorrido a prescrição da pena em abstrato.

7 A SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL DO ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM VIRTUDE DE CITAÇÃO FICTA E A SÚMULA 415 DO STJ

Conforme dispõe o Art. 366 do Código de Processo Penal, caso o acusado, seja citado por edital, contudo, não compareça ao processo, tão pouco constitua advogado, o processo deverá ser suspenso, e ainda, o curso do prazo prescricional também ficará suspenso. De forma favorável a este dispositivo legal, aparenta estar Távora e Roque (2015, p. 475), quando declara: “[...] A medida é salutar e evita que o acusado foragido se beneficie do advento da perda do poder de punir do Estado pelo decurso do tempo [...].”

Antes de se adentrar ao ponto específico aqui pretendido, é necessário que se deixe bem claro que a suspensão do processo, bem como a suspensão do prazo prescricional ocorrerão somente se a citação for por edital. Deste modo, caso o acusado seja citado pessoalmente ou por hora certa e não compareça e não nomeie defensor público ou dativo, então, continuará normalmente os trâmites processuais.

O ponto de maior interesse aqui, se refere ao lapso temporal da suspensão da prescrição, ou seja, qual o prazo de suspensão da prescrição na hipótese acima mencionada? Antes de se responder a tal indagação, é mister que primeiramente, tenha-se em mente que o Art. 366 do Código de Processo Penal é omissivo quanto a este prazo-limite, logo não poder-se-ia afirmar que tal prazo existe. Então ficaria este processo suspenso por tempo indefinido? Bom, se se responder a esta indagação de forma positiva, seria o mesmo que se admitir a criação de outra causa de imprescritibilidade, e como se é sabido, tal medida afrontaria a Constituição Federal, tendo em vista que regra é a prescritibilidade dos crimes, salvo as exceções estabelecidas na Constituição Federal, em seu Art. 5º, incisos XLII e XLVI, que prevê os crimes que não se sujeitam a prescrição, sendo, pois, imprescritíveis. Estes crimes são o de racismo e os crimes decorrentes da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito, e somente estes.

Então, quanto ao prazo da suspensão da prescrição, qual o tempo de duração desta suspensão? Já que se considerar a inexistência de um prazo, seria o mesmo que admitir um novo tipo de imprescritibilidade, o que é vedado pela Constituição. A

doutrina e a jurisprudência tem adotado o seguinte entendimento: O curso do prazo prescricional ficará suspenso pelo prazo correspondente ao da prescrição em abstrato, levando-se em consideração os preceitos do Art. 109 do Código Penal. Deste modo, caso o crime prescreva de forma abstrata, por exemplo, em 4 (quatro) anos, então, esse será o tempo da suspensão da contagem do prazo prescricional, passados estes 4 (quatro) anos, o contagem da prescrição voltará a correr normalmente a partir do saldo restante. Távora e Roque (2015) elucidam esta situação com um exemplo bem simples, veja-se, o homicídio prescreve em 20 (vinte) anos, nos termos dos arts. 121 c/c art. 109, ambos do Código Penal. Então, se o acusado pela prática deste crime for citado por edital, e no entanto não comparecer e nem constituir defensor, será suspenso por 20 (vinte) anos o prazo prescricional. Após este período, a prescrição voltará a correr normalmente, então, passados mais vinte anos, é certo que o crime já estaria prescrito. Neste sentido, afirma Bitencourt (2012, p.): “[...] É a garantia constitucional da prescritibilidade das infrações penais.” Nesta mesma toada, afirma ainda Gomes e Maciel (apud, Bitencourt 2012, p. 1008):

[...] além de evitar, na prática, a imprescritibilidade dos delitos, afigura-se proporcional, na medida em que o prazo de prescrição ficará suspenso por mais ou menos tempo, de acordo com a maior ou menor gravidade do delito”⁴⁷.

Deste modo, tendo em vista a aceitação majoritária da doutrina, e de igual modo, a jurisprudência, o STJ editou a súmula nº 415, com o seguinte teor: “O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada.”

É necessário ainda que se muita cautela na interpretação quanto ao exposto nessa súmula, pois pelo seu simples teor é possível ser induzido a erro, veja-se que esta súmula é carente de uma interpretação adequada e que reflitam a real intenção dos que a editaram. Quem manifesta esta correta interpretação é Gomes e Maciel (apud, Bitencourt 2012, p. 1008):

É preciso ressaltar que a Súmula 415 está a dizer que a contagem da prescrição fica suspensa pelo prazo da prescrição em abstrato — consideradas as balizas do art. 109 do CP — e não pelo prazo da pena máxima cominada ao delito, conforme pode sugerir uma leitura desavisada do enunciado.

Não obstante a edição da referida súmula e a orientação jurisprudencial ir ao encontro do conteúdo nela exposto, o Supremo Tribunal Federal manifesta posicionamento contrário a corrente majoritária da doutrina e ao próprio entendimento sumulado Superior Tribunal de Justiça. A Suprema Corte tem adotado o entendimento de que a suspensão da contagem da prescrição pode ficar por tempo indeterminado, em outras palavras, enquanto estiver suspenso o processo, a contagem da prescrição também ficará suspensa. Diante disto, Bitencourt (2012) manifesta a sua opinião a respeito, afirmando que entendimentos como este tornam imprescritíveis crimes que não estão elencados dentre aqueles constitucionalmente considerados imprescritíveis. Além disso, o fato de a Suprema Corte se valer de critério semelhante, tornam-se confusas as causas suspensivas das interruptivas da prescrição. Neste caminho, é mister que a Suprema Corte mude de entendimento, afim de que sejam respeitado o princípio da duração razoável do processo, e ainda, que não sejam descartadas as orientações dos organismos internacionais de defesa dos direitos humanos.

8 CONCLUSÃO

Com a finalização do presente trabalho de conclusão de curso, onde foram expostas as principais características da prescrição de forma pormenorizada, pôde-se compreender que a prescrição consiste em uma das formas de extinção da punibilidade, cuja finalidade primordial de sua existência encontra-se muito além de uma mera consequência legalmente prevista, mas encontra-se na própria justificativa da existência desta consequência legal. E qual seria a razão da extinção da punibilidade do indivíduo quando presente o instituto da prescrição? Primeiramente, a necessidade da existência deste instituto reside no fato de que todo o indivíduo possui o direito a um prazo razoável para duração do processo, este direito encontra-se previsto expressamente na Constituição Federal. Desta forma, não se pode admitir que um indivíduo fique de forma indefinida, ou porque não dizer eterna, submetido a um processo judicial, em especial a um processo penal. Sabe-se que ao ser processado, o acusado submete-se a constantes constrangimentos a sua honra, e um processo cuja duração seja indefinida lhe proporcionaria muito mais amargura e penalização, além do que já lhe proporciona todo o processo penal.

Deste modo, a existência do instituto da prescrição se faz necessária afim de que sejam respeitados os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, até mesmo porque, segundo entendimento majoritário da doutrina, o passar do tempo faz com que o estado psicológico do indivíduo seja alterado, daí a desnecessidade de uma punição após um determinado lapso temporal, já que após este período, o indivíduo não mais seria o mesmo daquele que efetivamente praticara o crime.

Além disso, a supressão de parcela da prescrição retroativa é considerada como um retrocesso legislativo, o que não é admitido pelo ordenamento jurídico brasileiro, ainda mais porque, a aplicação deste tipo de prescrição é considerada mais justa em detrimento da prescrição em abstrato, tendo em vista que quando sua aplicação ainda era permitida, era efetuada nos segundo o caso concreto, pois, era como base em uma pena aplicada na sentença, concretizada, passada pelo crivo do Art. 59 do Código Penal e o princípio constitucional da Individualização da pena. Nesta toada, faz-se mister uma melhor análise da alteração legislativa realizada deste instituto e uma melhor reflexão sobre a importância de sua existência, afim de que sejam respeitos os princípios constitucionais, da duração razoável do processo,

princípios da proporcionalidade e razoabilidade, e por fim, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Federal** – 05 de outubro de 1988. Institui a Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, out. 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**– 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal e dá outras providências, Rio de Janeiro, RJ, dez. 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689** – 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal e dá outras providências, Rio de Janeiro, RJ, out. 1941.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. 1ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código Penal Comentado**. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

TÁVORA, Nestor; ROQUE, Fábio. **Código de Processo Penal para concursos**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

FERNANDES, Valter; FERNANDES, Nilton. **Criminologia Integrada**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto Bitencourt. **Tratado de Direito Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 128.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do Garantirismo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CAVALCANTI, Márcio André Lopes. **Comentários à Lei 12.650/2012, que acrescentou o inciso V ao art. 111 do Código Penal**. Disponível em <<http://www.dizerodireito.com.br/2012/05/comentarios-lei-126502012-que.html>> Acessado em 05 dez.2015.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Nova regra da prescrição cria desproporcionalidade.** Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2010-jun-22/fim-prescricao-entre-fato-denuncia-cria-desproporcionalidade>.> Acessado em 15 nov. 2015.

LEI 12.234, DE 5 DE MAIO DE 2010: OFENSA À INDIVIDUALIZAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. São Paulo: Boletim Oficial do Instituto brasileiro de Ciências Criminais. ano 18, n. 212, Julho de 2010. ISSN. 1676-3661.