

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO EM SEDE PENAL

****Marisa Levin Cremonesi***

SUMÁRIO

I - Considerações iniciais. II - Diferença entre Prescrição de Ação e Prescrição de Pena. III - Diferença entre Prescrição Retroativa e Prescrição Intercorrente. IV - Pena Abstrata e Concreta. V - Data da Fluição da Prescrição. VI - Reconhecimento da Prescrição Intercorrente, Acórdão Confirmatório da Sentença. VII - Críticas ao Instituto. VIII - Início ou Continuação do Cumprimento da Pena como Causa Interruptiva da Prescrição. IX - Suspensão da Prescrição. X - Lições Jurisprudenciais. XI - Consideração Final. XII - Propostas (A e B).

I - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os atos jurídicos são profundamente afetados pelo tempo.

A prescrição é um dos efeitos que o transcurso do tempo pode produzir sobre os direitos subjetivos, no tocante à sua eficácia e reconhecimento.

Em sede de processo civil, a prescrição é sanção que se aplica ao titular do direito que permaneceu inerte diante de sua violação por outrem. Na lição dos

doutos, comprovada a prescrição, o juiz, desde logo, rejeitará o pedido do autor, no estado em que o processo estiver, independentemente do exame dos demais fatos e provas dos autos¹.

No processo criminal fala-se em prescrição INTERCORRENTE, "superveniente", na expressão de Damásio de Jesus.

A prescrição no campo civil é retratada pela inércia do titular do direito subjetivo. No campo penal, o transcurso do tempo vai incidir sobre a conveniência política de ser mantida a *persecutio criminis* contra o autor de uma infração ou de ser executada a sanção em face de lapso temporal minuciosamente determinado pela norma. Com a prescrição, em sede penal, o Estado limita o *jus puniendi* concreto e o *jus punitiois* a lapsos temporais, cujo decurso faz com que se considere inoperante manter a situação criada pela violação da norma de proibição².

II - DIFERENÇA ENTRE PRESCRIÇÃO DE AÇÃO E PRESCRIÇÃO DE PENA

Na área penal, cuida-se muito da diferença entre prescrição da ação (pretensão punitiva) e prescrição da pena (pretensão executória).

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de conhecimento*. II/408.

² TJSP, RT 381/151.

Dá-se ênfase para a primeira, com a qual Nélson Hungria, à frente de uma corrente no Excelso Pretório, logrou acolhimento da Súmula n.º 146, permitindo contagem do prazo prescricional *entre a data do fato e a do recebimento da denúncia, não exigindo recurso do réu e sendo aplicada em caso de condenação em segundo grau*. Era a adoção da prescrição retroativa ou retrooperante em sua plenitude. Mais tarde, a súmula iria receber temperamentos, passando-se a exigir, para sua aplicação, houvesse *“sentença condenatória de primeiro grau, existência de apelação do réu, inexistência de recurso da acusação e contagem do prazo somente entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória”*.

O magistrado Aélío Paropat Sousa, da Justiça de São Paulo, faz precioso histórico das marchas e contramarchas sofridas pela Súmula 146, lembrando a resistência que lhe fez no Supremo Tribunal Federal a corrente liderada pelo Ministro Luiz Gallotti, o qual, procurando restringir o alcance da Súmula, mantinha-se irredutível na posição: *“Como entendo que a Súmula é errada, e tenho de me submeter a ela, não amplio o erro - fico no erro, mas não vou além dele”*³.

O entendimento sufragado por aqueles que fautorizaram a Súmula n.º 146 seria de inequívoca

³RT677/295-308

procedência a pena concretizada, sem recurso de acusação, era a única que corresponderia ao direito de punir do Estado. A pena pedida no requisitório inicial do Promotor seria demasiada para a espécie, como se revelaria após a prolação da sentença; assim, se entre a sentença e a última causa interruptiva (conceituado como sentença até mesmo o acórdão condenatório recorrível - primeira decisão condenatória proferida na ação penal) houvesse decorrido prazo suficiente para a prescrição da pena concretizada, aplicar-se-ia a prescrição retroativamente.

III - DIFERENÇA ENTRE PRESCRIÇÃO RETROATIVA E PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

A discussão recebeu seu termo com a promulgação do Código Penal de 1984, nova Parte Geral, que recepcionou a Súmula em sua plenitude, e até mesmo sem os temperamentos que lhe impuseram.

Todavia, se o § 2.º do artigo 110 do novo Código cuidou da prescrição retroativa, o § 1.º cuidou da prescrição superveniente à sentença condenatória, identificada nos Juízos Criminais pela expressão "prescrição intercorrente".

INTERCORRENTE, colhe-se nos léxicos, "é o

que sobrevém enquanto outra coisa dura; que sobrevém; que se mete de permeio" (V. Aurélio, DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA).

Impende, pois, se reconheça a diferença entre prescrição retroativa, regulada pelo art. 110, § 2.º, e prescrição intercorrente, regulada pelo mesmo dispositivo, § 1º; a retroativa tem seu prazo considerado entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou queixa, entre essa data e a da publicação da decisão condenatória, seja oriunda da primeira instância, seja da segunda instância. A segunda, intercorrente, tem seu prazo contado da publicação da decisão condenatória em diante (sentença ou acórdão), ou, como conceituada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: "a primeira é contada para trás; a segunda é contada para frente"⁴. Em síntese: a primeira retrai no tempo, a segunda protrai no tempo.

A decisão condenatória faz o balizamento, é o marco decisório.

IV - PENA ABSTRATA E CONCRETA

Vale lembrar aqui que se considera, nesta passagem, não a sentença que transitou totalmente em

⁴ JTARS 62/102

julgado, mas a que transitou em julgado para a acusação. Não é mais a pena abstrata, mas a pena concreta, o termo fixador da prescrição. A razão reside em que, ou porque somente o réu recorreu, ou porque a decisão tornou-se preclusa para a acusação, ou foi improvido seu apelo, a condenação, quanto à quantidade da pena, não pode mais ser alterada em prejuízo da defesa. Diante disso, ensina Damásio de Jesus, *“a partir da sentença condenatória não existe fundamento para que a prescrição continue a ser fixada pelo máximo da pena privativa da liberdade cominada em abstrato”*⁵. Repita-se, então, com a doutrina predominante: *“a pena concretizada, sem recurso da acusação, seria a única que corresponderia ao **jus puniendi** do Estado”*.

V - DATA DA FLUIÇÃO DA PRESCRIÇÃO

Não obstante as lições dos Mestres, que se entremostam tão simples, observam-se na Doutrina e na Jurisprudência, principalmente neste campo, algumas dúvidas que urge espancar. Recentemente, numa visão prática e ampla do instituto, reconheceu o STF que a prescrição, no processo penal, pode ocorrer *“entre a data do fato e a do recebimento da denúncia, entre esta e a da publicação da sentença condenatória, entre esta e a da publicação do acórdão recorrido, entre esta e a do*

⁵ JESUS, Damásio de. *Código Penal Anotado*. p. 283.

*juízo do Recurso Extraordinário*⁶. Englobou, nessa visão conjunta, a prescrição retroativa e a prescrição intercorrente. Infere-se desse julgado do Excelso Pretório que, na hipótese de condenação pelo Tribunal, o prazo começa a correr a partir da data da publicação do acórdão, e não da data da sessão do julgamento, como querem alguns⁷, ou da apresentação do acórdão para ciência da Procuradoria de Justiça, como querem outros⁸. Parecem-nos, aliás, perfeitamente aplicáveis à hipótese os dizeres da Súmula 146, com as conclusões reavivadas em 1974⁹.

No que tange à sentença de 1º grau, a interrupção ocorre a partir da publicação da sentença, com elucidação da jurisprudência de que tal sobrevém na data em que o escrivão recebe a decisão do juiz e a junta aos autos, independentemente do registro e de outras diligências¹⁰. Infere-se ainda do citado aresto do Excelso Pretório que se o Recurso Extraordinário não impede a fluência do prazo prescricional superveniente¹¹, é marco, todavia, para decretação da extinção da punibilidade prevista no art. 107, IV, do Código Penal, sempre tendo em vista a data da publicação da decisão condenatória atacada. Ressalte-se, por oportuno, que o

⁶ RTJ 123/609. RT 570/412.

⁷ RT 558/412.

⁸ RTJ 47/596.

⁹ RT 677/296.

¹⁰ RT 641/351; DJU 4 nov.1991 p. 15.695.

¹¹ STJ. DJU, 26 ago.1998. p. 21.038.

acórdão confirmatório da sentença condenatória não interrompe o prazo prescricional superveniente à decisão de primeiro grau, alertando Damásio de Jesus para a circunstância de que, *"havendo embargos infringentes, é possível que, a partir da sentença condenatória até o acórdão, já tenha decorrido prazo extintivo da pretensão acusatória"*¹².

VI - RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE, ACORDÃO CONFIRMATÓRIO DA SENTENÇA

Do até agora exposto conclui-se que a prescrição intercorrente pode ser reconhecida: a - em recurso apelatório, sentido estrito ou mesmo agravo, nos casos de eventual cabimento; b - em embargos infringentes¹³; c - revisão criminal¹⁴; d - Recurso Extraordinário¹⁵ e, obviamente, em *habeas corpus*¹⁶. Não mais se põe em dúvida que a prescrição pode ser reconhecida em julgamento de ofício, sem que as partes a tivessem requerido.

Há um aspecto bastante interessante no que tange à prescrição intercorrente: somente o acórdão

¹² JESUS, Damásio de. *Código Penal Anotado*. p. 284.

¹³ STF. DJU, 15 set.1978. p. 6987

¹⁴ RT 601/391

¹⁵ RTJ 123/60

¹⁶ RT 558/398

confirmatório da pronúncia é que interrompe a prescrição, por força do disposto no art. 117, III, do Código Penal. Arestos relativos a outras infrações, confirmatórios da decisão condenatória de 1.º grau, não têm o condão de interromper a prescrição. Resulta daí que o prazo que flui da decisão condenatória de 1.ª instância em direção à prescrição só sofrerá interrupção pela reincidência (art. 117, VI) ou pelo início ou continuação do cumprimento da pena (art. 117, V). *De lege ferenda*, convinha que se criassem novas causas interruptivas de prescrição superveniente à sentença condenatória para pôr cobro às maquinações ardilosas de conquista da prescrição liberatória. Na verdade, a prescrição superveniente, a exemplo da prescrição retroativa, sob névoa de que a pena nela tratada é expressão da sanção perseguida pelo Estado contra o infrator e que, por isso, deve reger-se pela punição imposta, encontra acerbas críticas daqueles que invocam a morosidade da persecução penal e o emperramento da máquina judiciária. Não raro, dizem, o tempo que flui entre a sentença de 1.º grau, confirmação pela decisão de 2.ª instância, exame em recurso especial ou extraordinário, fica para “as calendas gregas”, favorecendo a prescrição. Daí a verberação do Ministro Cordeiro Guerra em voto memorável no Supremo: “*está na hora de alguém dizer que há necessidade de legislar para assegurar a defesa social, tal o afrouxamento da repressão criminal no Brasil*”¹⁷.

¹⁷ RTJ 128/279

VII - CRÍTICAS AO INSTITUTO

A despeito das inflamadas discussões travadas na Corte Suprema e nos Tribunais do País, observa-se que a prescrição intercorrente ou superveniente vem merecendo tratamento menos severo daqueles que erigem a prescrição em germe do crime na sociedade brasileira. Não sofre com as ironias de juristas, como a do Ministro Rodrigues Alckmin, que não poupava a prescrição retroativa: *"...interrompe, depois retroage! Se está interrompida, como pode retroagir? É necessário um mínimo de lógica..."*¹⁸.

VIII - INÍCIO OU CONTINUAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA COMO CAUSA INTERRUPTIVA DA PRESCRIÇÃO

Muitas vezes se tem criado um véu de Isis sobre a prescrição intercorrente. É quando o Réu, v. g., em acórdão confirmatório da sentença condenatória de 1º grau, é recolhido à prisão, por determinação da Câmara que julgou o processo (art. 594 do CPP). Por descuido, não se atenta para o prazo prescricional à frente, por certo à convicção de que a prescrição se interrompera pelo início do cumprimento da pena (art. 117, V).

¹⁸ RTJ 128/279

Nada mais inexato.

É firme a lição jurisprudencial de que

“as causas do inciso V somente interrompem o prazo prescricional da pretensão executória quando a decisão condenatória já transitou em julgado para a acusação e defesa. Caso ainda caiba recurso da defesa, não há interrupção. Não há também o efeito interruptivo pela expedição do mandado de prisão”¹⁹.

Na verdade, “início ou continuação do cumprimento da pena” implica, como o próprio nome diz, em interrupção da prescrição da pena, em interrupção da prescrição da pretensão da condenação. Depois da sentença recorrível, o prazo prescricional, recomeçado, é contado até o trânsito em julgado da condenação, salvo reincidência. A prisão provisória, pois, aquela efetivada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, não pode implicar em interrupção da prescrição de pretensão executória.

Ressalte-se, todavia, que não obstante esse entendimento sedimentado, decisões esparsas vêm admitindo que “a prisão do Réu, mesmo após decisão recorrível, é execução de fato da pena, interrompendo, por isso, o curso da prescrição”²⁰.

¹⁹ JESUS, Damásio de. *Código Penal Anotado*. p. 284.

²⁰ JUTACRIM – 66/366.

Essa orientação, repita-se, vem merecendo reproche, ao argumento de que ela se revela *contra legem*, uma vez que a prisão provisória não está compreendida na execução, nem se afirma como ato significativo de cumprimento da pena. A propósito, os comentários de Damásio de Jesus na obra de sua autoria, já mencionada.

IX - SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO

A lei penal, hoje, prevê explicitamente a chamada suspensão da prescrição, quando o Réu não é encontrado para responder à ação que lhe é proposta (Lei n.º 9.271, de 17 de abril de 1996).

A questão da suspensão da prescrição recebeu, inicialmente, construção pretoriana (decisões do STF) que, no início, firmaram entendimento de que "*o obstáculo ao regular exercício da atividade jurisdicional suspenderia o curso da prescrição, que só voltaria a fluir após a cessação do mandato do Governador*". Cessado o exercício do cargo, o Governador responderia pelo crime que cometeu, sujeitando-se à *persecutio criminis*.

Foi o Desembargador Antonio Rodrigues Porto que melhor tratou do tema, em sua excelente obra - *Da Prescrição Penal*, edição 1988, lembrando que "*na suspensão da prescrição existe impossibilidade do exercício jurisdicional*".

Na verdade, a suspensão da prescrição quando o Réu não é encontrado traz conotações política e penal. Política, porque se pretende pôr cobro aos infundáveis processos que vão para o arquivo em virtude de reconhecimento da prescrição. Penal, porque, embora não se possa reconhecer que a circunstância de o Réu não ter sido encontrado constitua impossibilidade do exercício jurisdicional, não se pode negar que a emperrada máquina judiciária, com a ausência do Acusado, encontra maior óbice ao exercício da *persecutio criminis*.

Sustar o andamento da ação penal é medida mais prudente e de maior interesse público do que permitir o que vinha ocorrendo: o processo acabava indo para as prateleiras face à extinção da punibilidade pela prescrição.

Conceituados mestres, como Esmeraldino Bandeira, sempre consideraram a prescrição como maior estímulo ao crime. No Brasil, basta dizer que uma punição de trinta anos prescreve em vinte anos (artigo 109 do Código Penal), o que, sem dúvida, é o maior estímulo à impunidade.

X - LIÇÕES JURISPRUDENCIAIS

Finalmente, *last but not least*, atendendo à conhecida lição do Ministro Mário Guimarães de que “*não conhece Direito quem não conhece jurisprudência*”,

registrem-se algumas lições jurisprudenciais.

Colhem-se, em diversos repositórios, interessantes decisões:

- Acórdão confirmatório da sentença condenatória, mas que agrava a pena - Não interrompe a prescrição (TACrimSP, 5/34) - interrompe (STF, HC 67.944, DJU 20/3/92, p. 3321).
- Embargos Declaratórios - não interrompem a prescrição (RTJ 57/538).
- Embargos Infringentes - o acórdão não interrompe a prescrição (RT 529/355).
- Substituída a pena privativa de liberdade pela restritiva de direito (C.P., arts. 55 e 59, IV, do C.P.) aplicam-se os mesmos prazos prescricionais reguladores daquela (C. P., art. 109, parágrafo único) - RTJESP 34/97).
- Não corre a prescrição da pretensão executória durante o período de prova do *sursis* e do livramento condicional (JTACrimSP 95/41).
- Subsistindo os efeitos secundários da sentença condenatória, no caso da prescrição executória, pode ela ser executada no cível para reparação do dano (TFR, ACrim. 9.334, DJU, 7 abr.1988. p. 7234).

- Dedução do tempo da prisão provisória na contagem do prazo prescricional - duas posições: a detração é permitida

- RT 456/398, 482/392 e 484/324; não é permitida - RT 301/125, 430/365, 498/273 e 505/385.

- Acórdão confirmatório da sentença condenatória - não interrompe o prazo prescricional superveniente à decisão de 1.º grau (JM 72/43).

- Recurso Extraordinário - Não impede a fluência do prazo prescricional superveniente (STF, DJU, 11 mar.1988, p. 4748).

- Recurso da acusação visando a outro fim que não a agravação da pena - não impede o reconhecimento da prescrição (RT 547/356).

- Concurso de Crimes - O acréscimo da continuidade não é levado em conta (RTJ 113/1.076).

- Prescrição em favor do Réu que não apelou: é admissível (RT 553/348).

Em sentido contrário: JUTACRIMSP 35/109.

- Recurso da Acusação, abrange o assistente do MP (RTJ 94/132).

- Não pode o Tribunal, por antecipação, declarar extinta a

punibilidade pela aplicação do princípio retroativo (TACrimSP 90/239).

- Transitando em julgado a sentença condenatória para o órgão da acusação, começa a correr a prescrição da pena, não se exigindo que o réu seja intimado (JM 56/39).

- A partir da data da fuga começa a correr a prescrição da pretensão executória (RT 549/378).

- O tempo da prisão provisória é dedutível no cálculo da prescrição da pretensão executória (RT 666/308). Em sentido contrário: (RT 505/385).

- Reincidência: não aumenta o prazo em relação à multa (JM 78/355).

- Cumprimento da pena privativa da liberdade - não corre o prazo em relação à multa (RT 642/280).

- Prescrição. A redução do prazo pela prescrição é incomunicável (RTJ 110/641).

- Prisão por outro delito. Só impede o curso prescricional quando transita em julgado a condenação (STF, DJU 6 set.1985. p. 14.872, HC 63.158).

- O parágrafo único do art. 116 não se aplica ao art. 109 do

CP (RT 464/379).

- Causas interruptivas da prescrição não podem ser ampliadas (RTJ 107/157).
- O ato processual anulado (recebimento da denúncia ou queixa, sentença condenatória, pronúncia, etc) não interrompem o prazo prescricional (RT 628/292).
- As causas interruptivas previstas no art. 117 do CP são aplicáveis à legislação especial (STJ, JSTJ, 2/277).
- Contravenções Penais. O recebimento da denúncia não interrompe a prescrição (RTJ 114/615).
- A sentença que na fase do art. 408 do CPP desclassifica o crime para outro da competência do júri, interrompe o prazo prescricional (STF, HC 61.491, DJU, 24 fev.1984. p. 2204).
- Para que a reincidência interrompa a prescrição é necessário que a segunda sentença expressamente a tenha reconhecido (JM 76/98).
- Decorrido o prazo legal, o condenado não pode mais ser compelido a cumprir a pena imposta, pouco importando que a prescrição não tenha sido declarada expressamente (RT 517/362).

A prescrição da pretensão executória torna inexecutível a extradição (STF, DJU, 3 jun.1983. p. 7879).

- O *sursis* é uma modalidade da execução da pena. Obviamente, enquanto esta perdurar, não há prescrição possível (RT 464/341).
- Pendente o prazo do *sursis*, não corre prescrição (JUTACRIM 65/378).
- Não constitui óbice ao reconhecimento da prescrição o recurso do MP que não logrou êxito (RTJ 116/843).
- O recurso da acusação somente impede a prescrição quando altere o prazo prescricional (JUTACRIM 85/461).
- Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação (Súmula do STF, verbete n.º 497).
- Inadmissível o reconhecimento da prescrição com base em pena hipotética (RT 700/363).
- Fluência de prazo prescricional entre a publicação da sentença e o julgamento da apelação - prescrição intercorrente. Reconhecimento (RT 554/379).

- A prescrição pode e deve ser declarada de ofício (RT 637/371). E também pelo Juízo de Execução (JUTACRIM 50/85).

- Se a prescrição decretada é da pretensão executória, admissível é a revisão criminal (STF, RE, DJU, 18 fev. 1977. p. 889). Inadmissível quando a prescrição é da pretensão punitiva (RT 661/288).

XI - CONSIDERAÇÃO FINAL

Seria uma veleidade pretender estar concluído o estudo sobre prescrição intercorrente. Como disse Afonso Heck, em artigo publicado na Revista dos Tribunais: o assunto é inesgotável e dirigir-se a ele é um exercício a caminho da sabedoria: fica-se sabendo, tal qual num oráculo que, quanto mais se sabe, nada se sabe.

XII - PROPOSTAS

A prescrição, tal como agora concedida de forma benevolente pelo Legislativo e Judiciário, constitui-se e constituir-se-á sempre em germe do crime, na lição de alguns eminentes tratadistas.

O artigo 117 do Código Penal, que prevê taxativamente as causas interruptivas da prescrição, insere-

se entre as disposições que emasculam a ação penal, mormente no que diz respeito à prescrição da *pretensão punitiva*.

Daí,

A) Propõe-se ao inciso III do artigo 117 do Estatuto Penal, além da decisão confirmatória da pronúncia, o acórdão confirmatório de sentença condenatória.

B) Propõe-se a substituição do inciso V - “*pelo início ou continuação do cumprimento da pena*”- pela expressão: “*pelo início ou continuação do cumprimento da pena, seja definitiva ou provisória, quando for decretada após decisão condenatória recorrível*”.

As propostas ora apresentadas encontram respaldo até mesmo na oscilação da Jurisprudência.

“Decisões esparsas, como citadas, vêm admitindo que a prisão do réu, mesmo após decisão recorrível, é execução de fato da pena, interrompendo, por isso, o curso da prescrição”.

A lição jurisprudencial firme, com bom tecnicismo, é no sentido de que a prisão provisória, ou seja, aquela efetivada antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, não pode implicar em interrupção da

prescrição da pretensão executória.

A jurisprudência vencida, entretanto, parece satisfazer melhor aos interesses da Justiça, uma vez que, da sentença condenatória ao trânsito em julgado da decisão, verdadeira gama de recursos se abre à defesa, favorecendo-a acintosamente com a morosidade da Justiça.

Com essas propostas objetiva-se, na advertência do Ministro Cordeiro Guerra, assegurar legislação adequada em benefício da defesa social, tal o afrouxamento da repressão criminal no Brasil.

**** Marisa Levin Cremonesi é Promotora de Justiça da Comarca de Belo Horizonte***