

DA INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO PENAL

Odin Americano

Sumário: 1-Objeto de estudo. — 2-Notas históricas. — 3-Fundamento da prescrição. — 4-A prescrição no Código Penal. — 5-Suspensão da prescrição. — 6-Interrupção da prescrição.

1-Objeto do estudo.

Quando da vigência da Consolidação das leis penais, havia dúvida profunda sobre a interpretação dos dispositivos: que estabeleciam as causas de interrupção da prescrição e marcavam o dia do seu comêço.

Essa incerteza que poderia ter sido resolvida pela lei nova, o atual código penal, não o foi. Ainda hoje a jurisprudência vacila, e os mestres tangenciam a questão, deixando o julgador sem mais elementos que os seus estudos da matéria, nem sempre satisfatórios pelas dificuldades de subsídios, e os precários assêrtos dos casos julgados, ora numa, ora noutra direção.

Basta dizer que o príncipe dos nossos penalistas, o emérito Ministro do Supremo Tribunal Federal, Professor Nelson Hungria, depois de se colocar numa posição, transferiu-se para a oposta, com argumentos de muito valia e sua autoridade incontestada.

Eis porque pareceu-nos oportuno, êste modesto trabalho, cujo fim será, mais o de resumir e oferecer em confronto os argumentos de ambas as correntes, que o de indicar os rumos para a melhor solução.

Para tanto, cremos que não será despropositado o estudo preliminar do instituto da prescrição do direito penal.

Quando a letra da lei oferece razões para perplexidade do intérprete, a natureza do instituto que ela disciplina avulta como farol a mostrar o seu pensamento e funciona qual fôrça capaz de impedir o fraccionamento do instituto conduzindo o julgador ou o jurisconsulto a um lugar seguro.

Após o resumo histórico da prescrição interpretaremos os dispositivos que a disciplinam no Código Penal.

Em conclusão daremos a nossa opinião, que apenas se consubstancia na soma dos dados oferecidos. Trabalho material portanto, que esperamos tenha acolhida, não como contribuição para esclarecer tão discutido assunto, mas como sugestão para a palavra dos estudiosos.

2-Notas históricas.

Manzini lembra que não há certeza como o instituto teve nascimento. Parece originário da necessidade da não perpetuação do processo ou da ação penal.

Constantino fixou em um ano o prazo para o exaurimento da ação, em dois. Quanto porém, à pena, não se conhecia o prazo para o seu cumprimento.

Foi na *Lex Julia de adulteriis* que pela primeira vez se estabeleceu o prazo de cinco anos para a prescrição, prazo esse estendido a outros crimes punidos com fundamento na mesma lei.

Há quem afirme que esse espaço de tempo foi criado com fundamento nos banhos lustrais, que se repetiam de cinco em cinco anos e que teriam então, o fim amplo de apagar os vestígios dos crimes anteriores.

Para os demais crimes, o decurso de prazo necessário para a prescrição era de vinte anos para os *crimina publica*, salvo os de parricídio, parto suposto, apostasia, que eram imprescritíveis.

No direito germânico a lei visigótica (X,2,§3.º) fazia menção à prescrição trintenária, enquanto segundo o costume escandinavo em ano e dia prescrevia o direito de vingança privada conforme ensina Pessina.

Os Práticos confirmam essa mesma tradição romana que no direito estatutário foi tendo seus prazos restringidos determinando uma reação contrária, dando origem a um tratamento sistematizado do instituto.

3-Fundamento da prescrição.

A primeira razão que deu origem à prescrição, como vimos, foi a necessidade de não se entregar a sorte do réu à vontade da vítima, nos *delicta privata*. Ora, se o réu tem o dever de sofrer a pena pelo que praticou, não se lhe pode negar o direito do estabelecimento da sua responsabilidade, *si et quantum*.

Considerando-se a pena como coação psicológica a sucessão do tempo esmaece o valor dessa coação, donde Puffendorf afirmar que o curso do tempo, faz esquecer o crime e suas circunstâncias, tirando da pena aqueles efeitos fundamentais. Quase o mesmo vem repetir, modernamente Luchini quando ensina que seria impolítico, inoportuno e antejurídico, portanto, fazer cumprir uma pena após um longo tempo transcorrido quando já a memória do crime se apagara, causando mais ainda, prejuízos a terceiros.

Becaria, com o objetivismo penetrante de seu espírito, lembra que se nos delitos graves a sua memória não se apaga, não deve para eles haver prescrição. Por outro lado, nos crimes de pequena gravidade o esquecimento cae logo, sobre os mesmos, tornando então a punição tardia sem o fundamento de exemplariedade ou de emenda.

Lembre-se ainda, que o processo, com um longo intervalo após o crime é de difícil feitura, pois as provas só a custo serão obtidas com proveito e verdade, donde melhor o trancamento da ação.

Como quer que seja, ninguém pode libertar-se da ação do tempo. Este quebra arestas e modifica a coloração dos fatos. Acalma os impulsos pela meditação e recolhimento. Aconselha prudência quando não impõe a mais forte e eficaz medida social e humana de justiça, que é o perdão.

Queremos lembrar que a pena não é só castigo e retribuição, mas intimidação particular e geral, recuperação e emenda, prevenção.

Essa ameaça exerceu, não só sobre o reu sua influência, mas também sobre todo o grupo social. Se nesse lapso de tempo não infringiu a lei, presume-se a recuperação e emenda do criminoso, e dêse modo, mesmo sem o efetivo exercício da pena todas as suas funções foram exercitadas, tornando-se desnecessária e mesmo injusta a punição.

Há pois, um fundamento jurídico no instituto da prescrição, que não é o da punição aos órgãos do Estado pela sua inércia, mas o de evitar uma dupla punição pelo mesmo crime, o que seria injusto, assim como o de não perturbar novamente a ordem social, já pacificada pela força do tempo.

Tanto é êsse o fundamento que só assim se explicaria a prescrição da pena, que de outra forma seria uma negação da certeza manifestada pela sentença definitiva.

Não se trata da decadência do direito de ação, mas do nascimento de um direito para o acusado, direito êsse de ordem pública que, mesmo não alegado deve ser reconhecido judicialmente.

4-A Prescrição do C. Penal.

No direito substantivo, foi o decreto de 20 de Set. de 890 que introduziu a prescrição das penas, com prazos mais dilatados que o da ação, na época regulada pelas lei de processo. Daí incorporou-se no Código Penal de 1890, mas tarde regulada pelo dec. 4790 de 1923, donde se transferiu para a Consolidação Piragibe.

O atual código penal introduziu alterações majorando alguns prazos, acrescentando um têrço ao prazo comum se se tratar de reincidente, reconhecendo a imprescritibilidade da pena acessória e fixando novas causas de interrupção da prescrição e distinguindo a interrupção da suspensão da prescrição.

5-Suspensão da prescrição.

Problemas centrais e controvertidos são o da suspensão e da interrupção da prescrição.

A doutrina e a jurisprudência são vacilantes.

Recorramos à letra da lei.

Assim dispõe o Código Penal.

Art. 116: «Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:

I — enquanto não resolvida em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;

II — enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.

Parágrafo único: — Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está prêso por outro motivo».

São estas as chamadas causas impeditivas da prescrição, causas que suspendem o seu curso, ou seja, causas que não interrompendo o seu curso, paralizam-no, até o desaparecimento delas, quando continuará fluindo o prazo prescricional, em prosseguimento do anterior.

À primeira vista parecerá estranho que possa o tempo ser despresado como hábil para produzir os seus efeitos tão invocados a favor da prescrição.

Aqui porém, é preciso atentar que não foi o tempo a causa do não procedimento, mas uma outra que o próprio direito colocou.

Aloísio de Carvalho exemplifica. Em acusação de bigamia, a questão em torno da inexistência ou nulidade de algum dos casamentos é prejudicial e dependendo a ação criminal da solução civil, esta suspende o curso daquela, e a prescrição do crime fica paralizada, continuando a correr após a decisão da prejudicial.

Os artigos 92 e 93 do C. Processo Penal regulam a suspensão da ação penal em tais casos.

O artigo que estamos examinando estabeleceu regras para a suspensão da prescrição antes e depois da sentença definitiva.

Antes do julgado definitivo, não corre a prescrição se há uma questão prejudicial em julgamento em outro processo, logo, se a prejudicial estiver pendente depois do julgado, a prescrição não se suspende.

Se o agente cumpre pena de prisão ou qualquer outra, no estrangeiro, a prescrição não corre antes do julgado definitivo. Depois d'êste só fica suspenso o curso se a pena é de prisão e por força do parágrafo único. Se no estrangeiro a pena a cumprir é de multa, por exemplo, o curso da prescrição continua normalmente, depois de passado em julgado a condenação.

6-Interrupção da prescrição.

Disciplina a interrupção da prescrição o artigo 117 e seus parágrafos assim redigidos:

Art. 117: «O curso da prescrição interrompe-se:

I — pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II — pela pronúncia;

III — pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV — pela sentença condenatória recorrível;

V — pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI — pela reincidência.

§ 1.º — Salvo o caso do n.º VI a interrupção da prescrição produz efeito relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativamente a qualquer deles.

§ 2.º — Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do n.º V, tódo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.»

Segundo a inteligência corrente das duas hipóteses de truncamento da prescrição, se as causas impeditivas paralizam o curso do prazo, as causas agora enumeradas interrompem-na. Conforme o parágrafo segundo acima citado, o prazo recomeça a ser contado.

Desde logo, nota-se que os atos judiciais de competência do juiz são os hábeis para interromper a prescrição, evidenciando que ela não se fundamenta na decadência do direito de agir. Se o estado, pelo poder judicante, movimentar o processo através de decisões que implicam o reconhecimento da existência do crime e de indícios, pelo menos de quem seja o autor, protestando pela punição, interrompe-se a prescrição. É que ainda viva está a relação processual e vivo o interesse de agir, já que o tempo decorrido para matar a memória do crime não foi atingido.

Se houve reincidência, aquêles outros fundamentos da recuperação do criminoso ou da ameaça da pena, também não se verificaram, logo, jurídica e racionalmente o prazo deve recomeçar. Se na primeira hipótese os embaraços judiciais não devem prejudicar a função do Estado de exercer seu direito de punir, no segundo é o próprio criminoso que reclama a punição e não a própria sociedade jurídica.

Continuando o nosso estudo, notamos que o parágrafo segundo do artigo 117 é o que tem conduzido a doutrina às interpretações divergentes, quando declara que todo o prazo começa a correr novamente, quando interrompida a prescrição.

A primeira questão a ser decidida é a referente à pena que serve de medida da responsabilidade como elemento marcante para o reconhecimento da prescrição.

Uma teoria prefere a pena em abstrato cominada ao crime e outra a pena concreta.

Costa e Silva com a sua lucidez afirmou: «Se atendermos às razões que servem de fundamento ao instituto da prescrição criminal, teremos de convir em que com elas mais se harmoniza a opinião que manda fazer **in concreto** tomando-se em consideração todas as circunstâncias objetivas e subjetivas do crime, a determinação dos prazos. Isso relativamente à prescrição da ação. Quanto à da condenação, existindo já uma pena irrevogavelmente imposta, deve esta sem qualquer dúvida, servir de medida à duração do tempo necessário à prescrição.»

Referindo-se ao C. Penal de então dá notícia das opiniões, ora pela pena concreta ou ora pela abstrata. E afinal sentencia, após o dec. 47.80:

«Depois dêsse diploma tôda discussão a respeito tornou-se ociosa e impertinente. A prescrição da ação penal regula-se pelo máximo da pena abstratamente cominada na lei. Infelizmente, não se contentou o legislador em assentar êsse princípio verdadeiro; entendeu que devia completá-lo com o acréscimo, «ou pela que for pedida no libelo, ou finalmente, pela que for imposta na sentença de que sòmente o reu houver recorrido».

Não sendo de interêsse para o nosso estudo é entretanto, necessário ressaltar que em tese, ninguém poderá pretender, fundadamente, que não seja a pena **in concreto**, o melhor elemento para critério da prescrição. A pena é a medida do crime e o objetivo do Estado para explicar a gravidade da infração objetivando sua reação e fazendo justiça.

Basileu Garcia, com sua clareza e precisão notáveis acentua que a «prescrição é a renúncia do Estado, a punir a infração, em face do decurso do tempo, e que para o legislador pátrio, o que prescreve «é a pena declarada na decisão judicial, ou quando não, no texto que prevê o crime».

Corrente sentenciosa que a regra há de fundar a prescrição na pena concreta e se impossível, na abstrata, declarada no texto.

Nunca será demais lembrar que se o fundamento da prescrição é a renúncia da punição pela inutilidade da pena, por um ou por outro motivo, só na ausência de uma pena concreta poderá ser eleita a pena em abstrato.

Mas a lei anterior que pretendeu distinguir prescrição da ação da prescrição da condenação não pode como não poderia alcançar uma solução correta.

O dia do comêço da contagem do praso para a prescrição da ação teria que ser o da consumação do crime. Uma vez que se iniciou a ação, naturalmente que morto teria ficado o período passado. Para não se eternizar a ação, novamente passa a fluir o praso. Se o processo não chega a seu têrmo no praso fixado, torna-se morta a ação e de pena não se poderá falar.

Mas a pena concretizada na sentença de modo a não poder ser mais agravada deverá ser hábil para retrotrair até o último ato processual que interrompeu a prescrição, baseada na pena **in-abstracto**?

Costa e Silva dá notícia da disputa jurisprudencial sôbre o hibridismo do art. 35 do dec. 4780 que mandava regular a prescrição pela pena **in-abstracto** ou pela pedida on libelo ou, finalmente, pela que fosse imposta na sentença de que sòmente o reu houvesse recorrido. Enquanto uns entendiam que a prescrição uma vez interrompida, anulava totalmente o tempo decorrido como inteiramente despresível, outros sustentavam que a sentença condenatória fixava o praso concreto, logo, desde a interrupção anterior deveria ser contado o praso prescricional. A sentença não poderá interromper a prescrição, porque já a pena seria um nada quando surgiu a sentença.

O saudoso penalista terminava por aceitar essa última opinião por ser a mais favorável ao reu diante da incerta e obscura linguagem do legislador.

Com o advento do novo Código Penal, permaneceu a regra de que a pena **in concreto**, quando fixada regula a prescrição. Esta, quando em curso pode ser interrompida ou suspensa.

O código pretendeu ser mais claro e dispoz os artigos que transcrevemos que uma vez interrompida, tódo o prazo começa a correr novamente.

Em um acórdão do Supremo Tribunal Federal, cit. Rev. For. vol. 147 pág. 362 e segs. o egrégio ministro Mário Guimarães critica os artigos 109 e 110 do C. Penal, que pela sua redação dificultam a inteligência do que se entende por começo de contagem do prazo. O ministro Nelson Hungria, negou então qualquer falta de clareza nos dispositivos.

Entretanto, o douto mestre de direito penal ensina que a regra legal é que a prescrição regula-se pela pena **in-abstracto**, e excepcionalmente pela pena definitiva. Ora, tal doutrina contraria a natureza do instituto e não será por dizer a lei que salvo os casos tais e quais, assim será regulada a prescrição que se terá definido um princípio e suas ressalvas.

E ainda mais. Em um seu estudo publicado na Revista Forense, vol. 87 págs. 579 e segs. afirmou: A concretização da pena, com o advento da sentença condenatória, (passada em julgado ou de que somente o reu tenha recorrido), não retroage ao tempo anterior a qualquer das causas interruptivas, para o efeito do aproveitamento dêsse tempo, caso seja suficiente a prescrição relativa à pena concretizada».

Mais tarde, como Ministro do S. Tribunal, passou a adotar tese contrária, isto é se o tempo decorrido entre a causa da interrupção e o pronunciamento judicial é suficiente para a prescrição, deverá ser a mesma decretada.

Não há como negar-se a pouca clareza da lei ensejando opiniões contraditórias.

O Tribunal paulista e a maioria das decisões do S. Tribunal defendem tese contrária à do Ministro Nelson Hungria. Já o Tribunal de Minas inclina-se para o outro lado, se bem que com votos discrepantes, dentre os quais o do emérito Des. Sebastião de Souza.

Qual a verdadeira solução que palpita nos dispositivos que regulam o assunto?

Fixemos os pontos que são aceitos universalmente e que não são objeto de discussões.

- a) Antes de sentença passada em julgado os prazos da prescrição são os do artigo 109;
- b) depois de sentença que permite agravação da pena, a estabelecida regula a prescrição;
- c) antes da sentença o termo inicial da prescrição é o prescrito pelo artigo 111.

Foi adotado o critério da pena concreta para regular a prescrição quando não há sentença que a fixa de modo a não poder ser agravada. Foi

estabelecido que se não há uma fixação judicial da pena prevalece a máxima cominada para o crime.

Segundo a doutrina dominante, e que melhor responde a natureza do instituto, a pena individualizada particulariza o tempo prescricional.

Se ao proferir a sentença verifica o juiz que o prazo marcado no artigo 109 já decorreu, não condena nem absolve, mas decreta a prescrição que começou a correr do termo marcado no artigo 117. Caso tal não se verifique, será explicitada a pena que irá regular a prescrição.

E aqui então toda a dificuldade se manifesta para a inteligência dos dispositivos que regulam o termo inicial da prescrição.

Segundo a letra da lei, a prescrição corre, e interrompendo-se, recomeça a correr até a sentença definitiva ou de que só o reu tenha recorrido, calculado o seu prazo pela pena **in-abstracto**.

O prazo começa a correr do dia em que se tornou exequível a sentença ou seja do dia em que passou em julgado. É o que doutrina Basileu Garcia quando ensinou, no trabalho já citado sobre o termo inicial da prescrição: As soluções do Código (art. 111 e 112) têm aprêço, para a pena abstracta, no momento em que o crime se consumou, ou cessou o comportamento criminoso, comissivo ou omissivo; para a pena concreta, a ocasião em que se tornou exequível a sentença penal».

Nelson Hungria, também no trabalho citado é menos radical, porém contraditório: Depois de dizer que «Antes da sentença final, a única prescrição que está a correr é a relacionada à pena cominada **in-abstracto**» conclui, «Com o advento da sentença condenatória, ou o tempo decorrido da última causa interruptiva é suficiente à prescrição da pena concretizada, ou é insuficiente; no primeiro caso, a prescrição deve ser declarada; no segundo, a prescrição, já então referida à pena **in concreto**, começa **ex-integro** da data da sentença condenatória».

Ora, se a «única prescrição que está a correr é a relacionada à pena cominada **in abstracto**», como pode a sentença julgar a prescrição se «o tempo decorrido da última causa interruptiva é suficiente à prescrição da pena concretizada?»

O Des. J. C. Azevedo Marques do Tribunal de S. Paulo, em artigo de doutrina publicado na Rev. dos Tribunais, vol. 143, págs. 457 e segs. sustenta o ponto de vista do Prof. Basileu Garcia com idêntica intransigência, socorrendo-se do artigo 109 e do § 2.º do artigo 117 e 110 parágrafo único. Não titubeia em afirmar que a regra que domina a prescrição contém-se no artigo 109 sendo o artigo 110 a exceção. Por outro lado o artigo 117, § 2.º marca outra regra de que interrompida a prescrição, começa a correr **ex-integro** o prazo prescricional. E conclui: «admitir hoje, que o tempo anterior à sentença se convalesce pelo advento da pena imposta, servindo para corporificar e vitalizar a prescrição baseada na referida pena, não seria apenas engenhar uma exceção ao princípio expresso no artigo 117 § 2.º, mas na realidade, alijar do novo Código êsse princípio.»

A letra da lei, no seu rigor gramatical nos conduz às seguintes conclusões:

1.º A prescrição regula-se pela pena em abstrato; (art. 109).

2.º Regula-se pela pena em concreto quando: (art. 110 § único).

a) houver sentença definitiva passada em julgado;

b) houver sentença de que só o réu houver recorrido.

O prazo da prescrição começa a correr:

1.º Depois da sentença que fixou a pena que não pode ser aumentada ou agravada (art. 112):

a) do dia em que a sentença passar em julgado;

b) do dia em que se interrompe a execução da sentença, salvo quando o tempo da interrupção deve computar-se na pena.

2.º Antes da sentença passar em julgado (art. 111):

a) do dia em que se consumou o crime;

b) no dia em que cessou a atividade no caso de tentativa;

c) do dia em que cessou a permanência ou a atividade criminosa, nos crimes permanentes ou continuados;

d) nos delitos de bigamia, nos de falsificação ou alteração de assentamento de Registro Civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

Pôsto isso teríamos então que o artigo 110 regula o prazo da prescrição que somente começará a correr no dito prazo depois de passada em julgado a sentença, conforme o artigo 112 o que quer dizer que no caso de sentença de que só o réu tenha recorrido, enquanto não for julgado o recurso, a prescrição que corre é a da pena **in-abstracto**, sendo o parágrafo único do artigo 110 uma inutilidade. Ou então, no caso desse parágrafo e unicamente nessa hipótese a prescrição aí regulada começa a correr na forma dos artigos 111 o que é incompreensível.

Teria a lei manifestado o pensamento de que a sentença de que somente o réu recorreu, permite a contagem do prazo a partir da última interrupção e negado esse efeito à de que também a parte contrária não recorreu? Por que razão?

Por mais que se procure na lei e na natureza do instituto não se encontrará fundamento para essa discriminação.

Se o fundamento do princípio que manda regular a prescrição pelo prazo da sentença recorrível ou não, passada em julgado para ambas as partes ou só para o acusador é o de que nesses casos a pena é no máximo igual à fixada na sentença, não vemos razão para tratamento diferente, no caso de contagem de prazo, das duas hipóteses.

Se conforme a douta lição de Basileu Garcia o que prescreve é a pena só na hipótese de não se conhecê-la **in concreto**, a pena **in-abstracto** serve como regra para a prescrição.

Em face desses princípios deve-se concluir que há no código regras autônomas e independentes, fixando os prazos da prescrição e outras estabelecendo o dia do comêço da sua contagem.

Ou seja: Antes de sentença que não pode ser agravada busca-se a prescrição na pena máxima cominada aos crimes; depois de tal sentença, a pena nela estabelecida.

A artigo 111 fixa o dia do comêço da prescrição da pena, mas não especifica que deva ser essa regra aplicável sòmente quando se tratar de pena abstratamente cominada.

A expressão legal, «antes de transitar em julgado a sentença final», não importa definir as regras da contagem do praso, segundo os casos do artigo 109, mas a contagem do praso antes da sentença.

Da mesma forma, a expressão do artigo 112, «No caso do artigo 110» quer dizer, depois da sentença condenatória».

As epígrafes ou rubricas dos respectivos artigos bem esclarecem essa intelligência.

Dessa interpretação deduz-se:

1.º — O artigo 111 fixa o dia do comêço da prescrição quer se trate de pena concreta ou abstrata.

2.º — O artigo 112 estabelece o comêço da prescrição não consumada ainda, da pena concreta.

3.º — A prescrição que começa a correr após a sentença é a regulada pela pena concretizada na sentença.

4.º — O n.º IV do artigo 117 (como causa de interrupção da prescrição) só se refere à sentença **condenatória** e não a sentença que julgue a prescrição, quer da pena **in concreto**, quer da pena **in abstracto**.

5.º — Uma vez fixada a pena definitiva pode o juiz declará-la prescrita, com a condição de não haver recurso do acusador.