

A DECLARAÇÃO DA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EQUIVALE A DECLARAÇÃO DE INOCÊNCIA DO INFRATOR DA LEI PENAL ?

Heitor Donizete de Oliveira

*Juiz Estadual de Primeira Instância e Professor
da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*

SUMÁRIO

1. Introdução. - 2. Espécies de Prescrição Penal, 2.1. Subespécies da prescrição da pretensão punitiva. - 3. Doutrina e Jurisprudência a respeito de como é considerado o indivíduo que tem a seu favor declarada a ocorrência da verificação da prescrição da pretensão punitiva estatal. - 4. Conclusões. - 5. Bibliografia.

1 - Introdução.

Até a lei penal não ser violada, o direito que o Estado tem de punir os eventuais infratores da lei penal é apenas abstrato, contudo, ao ocorrer efetiva violação da lei criminal, pela prática de crime ou de contravenção, aquele direito que era abstrato, torna-se concreto e faz nascer a possibilidade do Estado aplicar sanção ao infrator. Por sua vez, essa possibilidade jurídica de impor sanção, pena ao violador da lei penal é denominada punibilidade, que não é requisito do crime, mas sua consequência natural. Podem, entretanto, surgir fatos, acontecimentos, ou atos jurídicos que impeçam o direito de punir estatal, ou seja, acontecimentos que terminem com a efetiva possibilidade de se impor sanção penal. E um desses acontecimentos é exatamente a prescrição penal, que leva em conta o transcurso do tempo e que pode ser conceituada como a perda do poder de punir do Estado, causada pelo decurso do tempo fixado na própria lei. Diante disso, existe a efetiva necessidade de se saber se a decretação da prescrição da pretensão punitiva equivale, é igual, a uma declaração de inocência do infrator.

2 - Espécies De Prescrição Penal.

A punibilidade, entendida como possibilidade de impor sanção penal, compreende dois aspectos distintos: 1º) o Estado tem o direito de exigir a aplicação da pena que a lei violada prevê em abstrato (pretensão punitiva) ; 2º) uma vez imposta a pena, o Estado tem o

direito de executar aquela pena que foi concretamente aplicada, a pretensão punitiva transforma-se em pretensão executória. Assim, duas são as espécies básicas de prescrição penal, tendo elas flagrantes diferenças: a primeira espécie é a prescrição da pretensão punitiva, vulgarmente conhecida como “prescrição da ação”. Ocorre antes de transitar em julgado a sentença final, salvo disposto nos §§1º e 2º do artigo 110 do Código Penal Brasileiro e tem como consequência a perda da pretensão punitiva, o direito de ação, atividade persecutória, ação de processo de conhecimento. Com ela, termina a própria pretensão do Estado de obter uma decisão a respeito do crime, não implicando responsabilidade do agente, não lhe marcando os antecedentes e nem gerando futura reincidência; a segunda espécie é a prescrição da pretensão executória, conhecida também como “prescrição da condenação”, que ocorre depois de transitar em julgado a sentença condenatória, conforme dispõe o artigo 110, “caput”, do Código Penal e tem como efeito a perda da pretensão executória ou direito de execução, ação executória. Os efeitos desta última espécie são diferentes dos efeitos da outra prescrição, vez que a pretensão punitiva foi declarada procedente e apenas não ocorrerá o cumprimento da sanção penal principal, permanecendo as consequências secundárias da condenação, incluindo a de eventual futura reincidência. Estabelecidas essas diferenças, iremos nos ater agora às subespécies da prescrição da pretensão punitiva estatal ou da denominada prescrição da ação.

2.1 - Subespécies da Prescrição da Pretensão Punitiva

A primeira subespécie é denominada de prescrição intercorrente e está disciplinada no § 1º do artigo 110, combinado com o artigo 109, ambos do Código Penal Brasileiro. Nesta hipótese, cuida-se de prescrição da pretensão punitiva, quando somente o réu tenha recorrido, incidindo sobre o lapso temporal entre a sentença e a decisão de segunda instância, ou então quando, mesmo havendo recurso do órgão acusatório, tenha sido ele impróvido. Ao contrário, não haverá prescrição intercorrente se o recurso da acusação for provido, qualquer que seja o aumento da pena imposta pela instância julgadora superior. Trata-se aqui da espécie *prescrição da pretensão punitiva* porque esta referida subespécie ocorre antes de transitar em julgado a sentença final e embora a sentença tenha sido condenatória, ela não chegou a se tornar definitiva, pois lhe cabe recurso, isto é, ela ainda não passou em julgado para ambas as partes e, portanto, não se trata de prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória, que acarretaria só a perda da pretensão executória, mas de prescrição verificada antes deste trânsito em julgado, com efeito de se extinguir a própria pretensão punitiva. É de se salientar que a prescrição intercorrente não se baseia mais no máximo da pena abstratamente prevista em lei, mas na pena em concreto, ou seja, na quantidade da pena que a sentença condenatória julgou ser merecida por aquele deter-

minado agente, em razão de seu comportamento apurado no processo. Ao ser declarada a prescrição intercorrente, o acusado não é responsabilizado pelo crime, seu nome não é lançado no rol dos culpados, nem existe geração de futura reincidência e o dano resultante do crime só lhe poderá ser cobrado através de ação de conhecimento perante o juízo cível.

A segunda subespécie é a prescrição retroativa, que surgiu com a súmula 146 do Supremo Tribunal Federal, embasada nos ensinamentos doutrinários do penalista Nélson Hungria, que calculava o prazo prescricional com base na pena concretizada na sentença sempre que não houvesse recurso da acusação. O Código Penal de 1940 previa, com impropriedade, no § 2º do artigo 110, que a prescrição retroativa dizia respeito à pretensão executória, contudo, observou-se ser impossível que a prescrição retroativa, que retroage ao tempo da ação penal, fosse relativa à pretensão executória, logo, a prescrição pela pena em concreto, fosse ela retroativa ou não, haveria de ser da pretensão punitiva e não da executória. Como a Lei n.º 7.209/84, vigente desde 13 de janeiro de 1985, que deu nova redação à Parte Geral do Código Penal, foi emprestada maior abrangência à prescrição retroativa, vez que dando nova redação ao § 2º, do artigo 111 do Código Penal, dele excluindo a ressalva, antes constante, de que “a prescrição de que trata o parágrafo anterior importa tão-somente em renúncia do Estado à pretensão executória”, deixa claro que a denominada prescrição retroativa, com base na pena concretizada em sentença irrecorrida pelo Ministério Público, é, sempre, do “*jus puniendi*”, removida, doravante, a dualidade que a fazia incidir ora sobre a pretensão punitiva, ora sobre a executória da pena. Desse modo, a prescrição retroativa poderá ocorrer: a) entre o recebimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença condenatória; b) entre a publicação da sentença condenatória da inferior instância e o acórdão da superior instância; c) entre o recebimento da inicial acusatória e o acórdão da superior instância, sempre que provido o recurso de sentença absolutória; d) entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia ou queixa. Esta subespécie tem seu fundamento legal na combinação do artigo 109, “caput”, com os §§ 1º e 2º, do artigo 110 do Código Penal Brasileiro, e tem alguma semelhança com a prescrição intercorrente, pois também concerne à pretensão punitiva e se baseia na pena fixada em concreto pela sentença condenatória, entretanto, tem uma diferença fundamental: seu prazo não é contado para frente, como na prescrição intercorrente, mas é contado para trás, para o passado, regressivamente, razão pela qual se chama “*retroativa*”. Com a ocorrência da prescrição retroativa, fica rescindida, desconstituída, a condenação que servirá, tão só, para marcar a quantidade da pena justa, pela qual será aferida a prescrição. Desse modo, tal subespécie também se vale da pena concreta aplicada pela sentença, mas conta seu prazo para o passado, sujeitando-se às causas de interrupção previstas no artigo 117, incisos I a IV, do Código Penal. Como também é subespécie da prescrição da pretensão punitiva estatal, a chamada prescrição retroativa que tem os mesmos efeitos já declinados para a prescrição intercorrente.

3 - Doutrina e Jurisprudência a Respeito de como é Considerado o Indivíduo que Tem a seu Favor Declarada a Ocorrência da Verificação da Prescrição da Pretensão Punitiva Estatal.

Segundo o eminente penalista e processualista José Frederico Marques: “ *A sentença que decreta a extinção da punibilidade é terminativa de mérito porque declara inexistente o ‘jus puniendi’ e, com isso, acolhe preliminar de mérito que põe termo à instância. Desfeita a relação jurídico-penal consubstanciada no direito de punir do Estado, o réu vê assegurado o seu direito de liberdade, como também se liberta de qualquer vínculo processual que o pudesse sujeitar aos ônus e obrigações criados pela litispendência. A instância termina e cessa, embora anormalmente, e com isso desaparecem, como é óbvio, os liames de sujeição processual que pesavam sobre o acusado*”.¹

Para Bento de Faria, “*a prescrição da ação pública apaga o delito, não deixando dele subsistir nenhum traço. O agente é reputado inocente porque a verificação do fato incriminado, tornou-se, daí em diante, impossível*”.²

O que se tem entendido é o direito do condenado de postular absolvição em hipótese de prescrição da pretensão executória, ou seja, da condenação, isto através do remédio da revisão criminal, vez que nesses casos subsistem as conseqüências da condenação, exceção feita à aplicação ou cumprimento da pena imposta. A prescrição da condenação, que requer então o trânsito em julgado da sentença também para o réu, não se confunde com a da ação penal ou da pretensão punitiva do Estado, pois afasta, aquela, somente a prisão para o cumprimento de pena corporal ou o pagamento de pena pecuniária, assim não extinguindo o crime.

O tema foi objeto de várias considerações por parte do juiz Rubens Gonçalves do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, quando do julgamento da Revisão Criminal n.º 189.006/2 (Egrégio Terceiro Grupo de Câmaras Criminais, in *Revista dos Tribunais* 661/288), ao distinguir as duas modalidades de prescrição, anotou este eminente juiz que a sentença que julga extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva rescinde a sentença condenatória e, via de conseqüência, também os seus efeitos e que assim sendo, o pedido revisional formulado não comportava conhecimento “*por falta de interesse, pois a decisão que declara a ocorrência da prescrição retroativa, como tratada na Nova Parte Geral do*

¹ Frederico Marques, José, “ELEMENTOS DE DIREITO PROCESSUAL PENAL”, vol.III/53, n.º 605, Editora Saraiva, São Paulo.

² De Faria, Bento, “CÓDIGO PENAL BRASILEIRO”, vol. II/360, Editora Saraiva, São Paulo.

Código Penal, não tem efeitos ou conseqüências diversas da sentença absolutória, inexistindo então título executório penal a desconstituir, quando este é exatamente o alcance do remedium juris excepcional, denominado revisão criminal, ao que se infere do artigo 621 e seus parágrafos, do Código de Processo Penal Brasileiro”.

De acordo com o que diz também João Mendes Júnior, podemos concluir que a prescrição penal é um meio político de extinção das ações, não se podendo julgar procedente ou improcedente a ação penal extinta, isto porque o direito pátrio não adotou a inovação do artigo 152 do Código de Processo Penal Italiano, inovação esta que o ilustre penalista italiano Manzini (*Instituzioni di Procedura Penale*, p.273), qualificou de louvabilíssima e de acordo com a qual o juiz, embora ocorra a prescrição ou qualquer outra causa de extinção da punibilidade, deverá se manifestar sobre o mérito, se for caso de absolvição. Contudo, no nosso direito, nem mesmo nesta hipótese caberá decidir quanto ao mérito, se a ação está prescrita, pois é conveniente salientar que a regra do artigo 61 do Código de Processo Penal Brasileiro, impondo ao julgador, em qualquer fase do processo, a imediata adoção da causa de extinção da punibilidade, afasta a possibilidade de exame de qualquer questão concernente ao mérito da ação penal, configurando uma falta de poder jurisdicional concernente à ação. Em última análise, referida norma enuncia o “princípio da prevalência da causa de extinção do crime”.

Assim sendo, *“a prescrição é matéria de ordem pública e deve ser conhecida independentemente da vontade do réu cuja declaração, com amplos e abrangentes efeitos, põe fim à demanda, apagando todo o acontecimento, como se jamais tivesse existido, considerado o réu inocente com todos os seus corolários e obstruindo, por isso, a apreciação do meritum causae”* (Ementa de Jurisprudência proferida no acórdão do julgamento da Apelação Criminal n.º 549.407/2, da Egrégia Quinta Câmara do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Relator Juiz Ribeiro dos Santos). Diante disso, mesmo quando a defesa do réu queira ver analisado o mérito da ação penal para uma eventual reparação moral em virtude do gravame pessoal que um processo crime traz a um cidadão, o mérito não deve ser analisado porque a declaração da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva é o mesmo do que considerar um indivíduo como inocente.

Trago, ainda, à colação dois entendimentos de nossos tribunais que reforçam o que foi dito até o presente momento, citando as seguintes ementas de jurisprudência:

“Decretada a prescrição da pretensão punitiva, após sentença condenatória, inviável a revisão criminal desta decisão, vez que a extinção da punibilidade, com amplos efeitos, elimina e extingue toda a carga jurídica da sentença, de modo que o condenado adquire o status de inocente para todos os efeitos legais” (acórdão proferido no julgamento da Revisão Criminal n.º 239.972/6, Segundo Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Relator o Juiz Carlos Bueno);

“A prescrição da pretensão punitiva estatal equivale à proclamação da inocência do acusado, e nesta hipótese são apagados os efeitos da sentença condenatória, como se

jamais tivesse sido praticado o crime ou tivesse existido tal sentença” (acórdão proferido no julgamento dos Embargos Infringentes n.º 460.481-7, Décima Segunda Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Rel. o Juiz Emeric Levai);

“A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva prejudica o exame do mérito da apelação. Inexistência de ofensa ao item XXXV, artigo 5º, da Constituição” (Superior Tribunal de Justiça – Agravo Regimental – Relator Costa Leite – Revista do Superior Tribunal de Justiça n.º 6/74).

É de se salientar, também, que mesmo em casos de absolvição tanto em 1ª Instância como em 2ª Instância, estando prescrita a ação penal, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, diante da situação de análise de eventual recurso interposto pela acusação pleiteando a condenação, vem decretando a extinção da punibilidade em virtude da prescrição da pretensão punitiva estatal, não analisando o mérito da ação penal, isto conforme se vê do julgamento do Recurso Especial n.º 21065-7/Paraná cuja ementa de jurisprudência é a seguinte:

“Recurso Especial, Penal, Prescrição da Pretensão Punitiva.

Tratando-se de matéria de ordem pública, verificada a prescrição da pretensão punitiva, deve esta ser declarada, prejudicado o exame do mérito do recurso especial”.

4 - Conclusões.

A Lei n.º 9.099/95, em seu artigo 89, introduziu um instituto novo de caráter penal e processual penal no direito brasileiro denominado “suspensão condicional do processo”, vulgarmente conhecido como *sursis* processual e que pode ser definido, sinteticamente, como a paralisação do processo em razão do acusado ter assumido o compromisso de cumprir algumas condições durante certo período de tempo, sendo que se tais condições forem perfeitamente cumpridas, ocorrerá a declaração da extinção da punibilidade do réu, o que traz, como conseqüência, a circunstância do fato inicialmente atribuído ao réu ser considerado como nunca tivesse ocorrido na vida do sujeito, não gerando antecedentes criminais, inscrição do nome no rol dos culpados e nem reincidência. Segundo a doutrina mais abalizada que tem surgido e que vem interpretando a lei já mencionada, o instituto do *sursis* processual consiste numa via despenalizadora indireta ou processual, ou seja, cuida-se de um autêntico instituto despenalizador que tem como conseqüência a declaração da extinção da punibilidade estatal, o que equivale a declaração de inocência do réu. Transplantando essa idéia para o instituto em análise, da prescrição penal, e tendo em conta tudo o que foi dito, podemos chegar ao entendimento uniforme que o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva é também um instituto despenalizador, face ao transcurso do tempo fixado em lei, que realmente equivale à declaração de inocência do infrator da lei penal.

5 - BIBLIOGRAFIA.

1. JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. São Paulo. Editora Saraiva. 1991. p.257-275.
2. DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado atualizado e ampliado por Roberto Delmanto*. Rio de Janeiro. Edição Renovar. 1991. p.175-188
3. SALES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Curso Completo de Direito Penal*. São Paulo. Editora Saraiva. 1987. p.119-125.
4. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo. Editora Saraiva. Vol. 1, p. 488-494.

