

A PRESCRIÇÃO PENAL RETROATIVA ANTECIPADA - POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO

Ricart César Coelho dos Santos
Acadêmico do 8º período do Curso de Direito - UFRN

I - Apresentação

Estas linhas têm por desiderato lançar luzes sobre uma construção jurisprudencial que, a cada dia, vem conseguindo maior aceitação na prática do foro: a prescrição penal retroativa antecipada. Com efeito, inobstante o fato de não ser a mesma aceita pela maior parte de nossos tribunais, notadamente o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), bem como a doutrina, vem logrando essa modalidade de prescrição uma crescente adesão de juízes e promotores, merecendo a mesma, dessa forma, uma análise atenciosa dos operadores do direito, em especial os interessados no direito penal, pelas repercussões (a principal delas a possibilidade de exercer o Estado a sua pretensão condenatória) que a sua aplicação, enquanto espécie de uma causa de extinção de punibilidade (a prescrição), produz no âmbito do mesmo. Saliente-se, ainda, que, inobstante a relevância do tema, não o aborda de forma freqüente a doutrina, o que nos incentivou, ainda mais, a elaborar os parágrafos que seguem.

Assim é que, no presente estudo, procuramos tecer algumas considerações propedêuticas, as quais reputamos imprescindíveis para uma correta abordagem do tema. Por isso, começamos nossa exposição por trazer o conceito de prescrição, sendo, em seguida, abordadas as duas principais espécies em nosso ordenamento, quais sejam, a prescrição da pretensão punitiva (*jus puniendi*) e a da pretensão executória (*jus punitiois*). Consideramos estas considerações, de fato, importantíssimas para a compreensão do que será analisado a seguir.

Somente após, adentraremos no âmbito da prescrição penal retroativa antecipada, com a exposição dos fundamentos normalmente esposados em contrário, seguindo-se a sua crítica, concluindo o estudo com nossa posição acerca do tema, em consonância com as idéias desenvolvidas no curso da exposição.

Quanto ao objetivo do estudo, é o mesmo, em síntese, tecer algumas considerações de forma breve, acerca da prescrição penal retroativa antecipada, analisando seus desdobramentos, para, ao final, firmar nosso posicionamento em face da mesma.

2 - Aspectos iniciais

É a prescrição penal, na acertadíssima doutrina de José Frederico Marques, “a perda do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo” (*Apud* Tourinho Filho, 1999, p. 546). A sua existência se justificaria, na perspicaz observação de Magalhães Noronha, entre outras razões, pelo “estado infundável de suspeita contra o imputado que poderia subsistir, caso o ordenamento não a previsse” (Magalhães Noronha, 1998, p. 360). Outros fundamentos esposados por Ozéias J. Santos (1998, pp.10 a 12) para a sua existência são: o esquecimento; a dispersão de provas; a expiação moral, pelo sofrimento por parte do acusado das conseqüências sociais e morais necessárias, as quais já seriam a sua pena; a emenda, pela qual presume-se que o acusado não voltou a delinquir após o lapso temporal; e a teoria psicológica, que defende que com o tempo produziram-se profundas alterações psicológicas no acusado, em relação à época do fato imputado.

Em nosso ordenamento, a prescrição penal é uma das causas de extinção da punibilidade do réu, estando assim prevista pelo Código Penal (CP), no seu art. 107, IV.

3 - Prescrição do *jus puniendi* e do *jus punitiois*

Nosso Código Penal prevê duas espécies de prescrição, quais sejam, a do *jus puniendi* e a do *jus punitiois*.

A primeira é também conhecida como prescrição da pretensão punitiva, ou, ainda, prescrição da ação. Sua previsão encontra-se no art. 109, sendo o seu prazo regulado nos incisos I a VI do mesmo dispositivo, a partir da verificação do máximo da pena privativa de liberdade cominada ao delito, ressalvado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110, ensejando a possibilidade de ir o estado a Juízo exercer a sua pretensão punitiva contra o indigitado autor do fato criminoso.

Já a segunda espécie de prescrição é a chamada prescrição da pretensão executória, por referir-se à própria execução da pena aplicada na sentença penal condenatória. Está a mesma prevista no art. 110, *caput*, do Código Penal, sendo, conforme a locução do referido dispositivo, regulada pela pena *in concreto* aplicada à hipótese, nos mesmos prazos fixados nos incisos I a VI do art. 109, com um aumento de um terço, caso seja o condenado reincidente.

Contudo, malgrado a sua localização em meio ao art. 110 do CP, as redações de seus §§ 1º e 2º versam, com efeito, sobre a prescrição da pretensão punitiva. No §1º, cuida-se da denominada prescrição subsequente

à condenação. Já o §2º do art. 110, o qual faz remissão ao §1º do mesmo dispositivo, prevê a chamada prescrição penal retroativa, por observar os prazos prescricionais estatuídos no artigo 109, sempre analisando a possibilidade de sua ocorrência em relação às datas de acontecimentos anteriores, relevantes para o direito penal. Tais datas são a do próprio fato delituoso imputado ao acusado, por força do §2º do artigo 110, levando-se em conta o ocorrido antes do ajuizamento da ação penal; além das causas interruptivas previstas no artigo 117, que são o recebimento da denúncia ou da queixa, a pronúncia, bem como sua decisão confirmatória, sentença condenatória recorrível, o início ou continuação do cumprimento da pena, e a reincidência.

Assim, conforme o acima dito, apenas poder-se-á verificar a prescrição da pretensão punitiva, antes da sentença condenatória recorrível, tendo-se por base a pena máxima em abstrato cominada ao crime, com fundamento no *caput* do artigo 109.

Por outro lado, a prescrição da pretensão punitiva, em sua modalidade retroativa, a partir de uma análise conjunta dos §§1º e 2º do art. 110, demandaria sempre a prévia existência de sentença condenatória.

Contudo, haverá a possibilidade da verificação da ocorrência dos prazos prescricionais, ainda antes da prolatada a sentença condenatória em 1ª instância?

4 - Considerações

Nesse caso, existirá a necessidade de se reconhecer a prescrição retroativa antecipada, que recebe esta denominação por ser a sua ocorrência verificada antes de prolatada a sentença condenatória pelo juízo de 1º grau. De fato, vem tendo a mesma larga utilização por promotores e juízes, visando a dar celeridade ao andamento dos processos no foro, malgrado posicionamento do STF e do STJ.

A doutrina, assim como a jurisprudência, tem-se posicionado, em sua maior parte, de forma contrária a possibilidade de seu reconhecimento, por diversos fundamentos, sobre os quais faremos as considerações acima expostas.

O primeiro deles seria o de que tal sentença de extinção de punibilidade a ser prolatada “basear-se-ia em mera probabilidade” (Salles Júnior, 1996, p. 273), o que, de fato, é o que existe no caso. Entretanto, tal exercício de previsão da pena *in concreto* que seria aplicada deve ser feito de forma cautelosa pelo juiz, sopesando, de forma cuidadosa, as circunstâncias de caráter pessoal do réu, bem como as provas existentes nos autos. Daí

porque concordamos com as objeções doutrinárias¹, que criticam o seu reconhecimento antes de finda a instrução processual, na qual poderá aflorar que os fatos imputados ao acusado são mais graves do que os relatados na denúncia, o que ensejaria *mutatio libeli*, na forma do artigo 384, e seu parágrafo único, do Código de Processo Penal (CPP). Entretanto, em sendo comum, na prática, que o Ministério Público requeira o aditamento da denúncia ou da queixa no prazo do artigo 499 do CPP, é de se aconselhar, portanto, que o juiz apenas pondere sobre a ocorrência da modalidade de prescrição em tela após o aludido prazo para diligências, nada obstando que o faça após as razões finais das partes, o que poderá ser mais prudente, em muitos casos.

Contudo, há opiniões em apoio ao poder o Ministério Público pedir o arquivamento do inquérito com supedâneo na ocorrência da prescrição retroativa, pois a “ação, uma vez proposta, careceria de interesse processual” (Mesquita Júnior, 1997, pp. 37/38). *Data Venia*, ousamos discordar de tal afirmativa, posicionando-nos a partir do que foi dito acima. De fato, se já é arriscada a análise da prescrição retroativa antes de terminada a instrução processual, pela possibilidade de aditamento posterior da denúncia, na forma do artigo 384 do CPP, o que se falar de sua análise quando não existente sequer ação penal? Além disso, o fato de os elementos colhidos em sede de inquérito policial serem, muitas vezes, depois desconsiderados no processo, torna ainda mais inconcebível a possibilidade de constatação da modalidade de prescrição em tela pelo *Parquet*, após a simples análise do inquérito policial.

Também não se deve aceitar o argumento de que o reconhecimento da prescrição, antes de findo o processo, impede a prova de inocência almejada pelo réu. Malgrado a relevância de tal assertiva, não se deve olvidar que a prescrição é matéria de ordem pública, que pode ser declarada pelo juiz de ofício, sendo irrelevante, em relação à mesma, que qualquer das partes anua com a sua decretação. Além disso, quanto aos seus efeitos, “a prescrição da pretensão punitiva”, de que a prescrição retroativa antecipada é uma das suas formas, “equipara-se à prescrição” (Mesquita Júnior, 1997, p.30).

Por fim, afirmam os que se posicionam de forma contrária à prescrição retroativa por antecipação, que não se poderá da mesma cogitar, uma vez que não há, de forma expressa, a sua previsão legal. No entanto, entendemos que não esgota a lei todas as hipóteses de prescrição, podendo a

¹ Ver a respeito, SALLES JR., Romeu. *Código Penal Interpretado*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 273; e MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa. *Coleção Temas Jurídicos*. Prescrição Penal. São Paulo: Atlas, 1997. v. 1 p. 37.

jurisprudência, atendendo à razoabilidade, engendrar outras, seguindo os parâmetros gerais contidos no código Penal. Nesse sentido, é que é aceita a ocorrência da prescrição retroativa a partir da pena aplicada na sentença penal condenatória que venha posteriormente a ser declarada nula em 2ª instância, o que, com efeito, não encontra previsão legal expressa².

5 - Notas conclusivas

Assim, entendemos que não há razão alguma para que subsista um processo criminal, cujo provimento, ao final não terá utilidade. Assentando-se o interesse de agir na idéia que não convém ao Estado “acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil” (Cintra, Dinamarco e Grinover, 1998, p. 257), é de se concluir que a persecução penal, a partir do instante em que se verifica que, ao final, declarará, inexoravelmente, extinto o poder de punir do estado, é carecedora de ação, por falta de interesse processual. Além disso, sabendo-se que a simples existência do processo criminal acarreta repercussões negativas para a pessoa do acusado, há doutrinadores que entendem, outrossim, que a continuidade do processo, nessas condições, “configuraria constrangimento ilegal em relação à pessoa do réu” (Delmanto, 1998, p. 189).

Ainda conforme foi dito, a prescrição retroativa antecipada deve ser sempre declarada após uma análise cautelosa sobre a possibilidade de aplicação, para que o seu reconhecimento equivocado não propicie a possível impunidade do indigitado autor do fato, com a declaração de extinção de punibilidade em relação ao acusado em processo que, ao final, sobreviria condenação do mesmo à pena que não ensejasse a prescrição. Por isso, deve o juiz ter em vista, no momento de avaliar quanto à sua aplicação, em especial, as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, além do fato de serem favoráveis ao acusado, afim de prever, de maneira mais plausível, a pena que, caso fosse prolatada uma posterior sentença condenatória, seria aplicada.

Decorre, assim, que o reconhecimento da ocorrência da prescrição retroativa antecipada dever-se-á, principalmente, em relação aos réus

² A respeito do tema, assim se posicionou o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: “(...) Se o Tribunal pode, por construção jurisprudencial, reconhecer a prescrição retroativa com base na pena fixada e, sentença anulada, por que não admitir também ao juiz de primeiro grau a aplicação de semelhante medida de política criminal? Afinal, sentença nula é ato inexistente, portanto sem pena concretizada. Verificando-se que o réu, se fosse condenado, a pena jamais chegaria ao máximo e constatando-se que transcorreu o lapso prescricional, decreta-se corretamente a prescrição” (in RT, 668/289).

primários e de bons antecedentes, os quais teriam maior possibilidade de, findo o processo, e em caso de condenação, ter a sua pena *in concreto* aplicada no mínimo, ou mais próxima deste, previsto para a hipótese, com prazo prescricional, portanto, também, menor, em virtude da acentuada plausibilidade da ocorrência de prescrição caso lhes sobreviesse eventual sentença condenatória, com base na pena a ser aplicada na mesma.

Por ser constatada, notadamente, em ralação a tais acusados, os quais, pelas suas circunstâncias de caráter pessoal, sofrem, de forma mais acentuada, os dissabores oriundos da tramitação do processo, é que a declaração da prescrição retroativa antecipada se constitui, ainda mais, em louvável medida de política criminal.

6 - Referências bibliográficas

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *et al.* **Teoria Geral do Processo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DELMANTO, Celso *et al.* **Código Penal Comentado**. 4 ed. São Paulo: Renovar, 1998.

JESUS, Damásio E. De. **Prescrição Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Código Penal Anotado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MESQUITA JUNIOR, Sidio Rosa. **Coleção Temas Jurídicos**. Prescrição Penal. São Paulo: Atlas, 1997. v. 1.

MIRABETE, Julio Fabrinni. **Manual de Direito Penal**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 1998. v. 1.

SALES JÚNIOR, Romeu. **Código Penal Interpretado**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 273.

SANTOS, Ozéias J. **Prescrição Penal**. Teoria, Legislação, Prática e Jurisprudência. Campinas: Julex, 1998.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.