



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DO DISTRITO FEDERAL – UnidF
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO**

PAULO CESAR ALVES DOS SANTOS JÚNIOR

**APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI PENAL
COMUM AO DIREITO PENAL MILITAR**

Brasília

2008

PAULO CESAR ALVES DOS SANTOS JÚNIOR

**APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI PENAL
COMUM AO DIREITO PENAL MILITAR**

Monografia apresentada à Banca Examinadora do UniDF (Centro Universitário do Distrito Federal) como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Valdinei Cordeiro Coimbra.

Brasília

2008

PAULO CESAR ALVES DOS SANTOS JÚNIOR

APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI PENAL COMUM AO DIREITO PENAL MILITAR

Monografia apresentada à Banca examinadora do UniDF – Centro Universitário do Distrito Federal, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora

Prof. Valdinei Cordeiro Coimbra
Orientador
Centro Universitário do Distrito Federal

Prof.(a) Vanessa R. Macedo
Examinador
Centro Universitário do Distrito Federal

Prof. Leonardo Barreto
Examinador
Centro Universitário do Distrito Federal

Dedico esta obra à minha mãe, amiga, educadora, psicóloga, fonte inspiradora, modelo de retidão na vida pessoal e profissional.

Agradeço aos amigos, Anna Claudia, Danielle Mendonça, Douglas Romero e tantos outros que compartilharam suas experiências e conhecimento ao longo dessa formação acadêmica, aos professores pela dedicação à arte de lecionar, em destaque os orientadores desta monografia, Valdinei Coimbra e Vanessa Macedo, aos familiares e à Marcelle pela compreensão nos momentos de ausência prolongada por mais um curso superior.

“Por que não olham e não vão ver o desemprego que existe nos países mais desenvolvidos? Por que não vão ver o problema de países que permanentemente estão paralisados por greves? Por que não vão olhar o que está acontecendo nos países comunistas? Por que não abrem as janelas?

Quem se enclausura num quarto e começa a divagar é apenas um teórico, não pode ser um realista, não pode querer conduzir um povo adulto debaixo de idéias geradas num ambiente em que se fecham de propósito. É preciso arejar, é preciso que a oposição abra a janela e olhe para o mundo tal como ele é”.

Ernesto Geisel

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo verificar a possibilidade de aplicação subsidiária do instituto da prescrição retroativa, com data anterior ao recebimento da denúncia, previsto na Lei Penal comum ao Direito Penal Militar. Sabe-se que, a prescrição é a perda do direito de punir ou de executar a pena imposta por parte do Estado pelo decurso do tempo, existem duas espécies, a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória, tanto na legislação penal comum quanto na especial. A prescrição retroativa por não constar expressamente no Código Penal Militar, sua interpretação dever ser feita de forma extensiva para alcançar o período anterior ao recebimento da denúncia, ou como exarado neste trabalho aplicar subsidiariamente as regras do Código Penal comum.

Palavras-chave: Prescrição Penal. Prescrição Penal Militar. Prescrição Retroativa. Princípio da Subsidiariedade.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABREVIATURA

Art por artigo

SIGLAS

CP – Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

CPM – Código Penal Militar

CPPM – Código de Processo Penal Militar

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 11 |
| 1 GENERALIDADES DA PRESCRIÇÃO | 13 |
| 1.1 Histórico | 13 |
| 1.2 Fundamentos..... | 19 |
| 1.3 Teorias Fundamentadoras da Prescrição | 20 |
| 1.3.1 Teoria do esquecimento..... | 20 |
| 1.3.2 Teoria do arrependimento ou expiação moral..... | 20 |
| 1.3.3 Teoria da piedade..... | 21 |
| 1.3.4 Teoria da dispersão das prova | 22 |
| 1.3.5 Teoria da Emenda | 22 |
| 1.3.6 Teoria da alteração psicológica | 23 |
| 1.3.7 Teoria da política criminal..... | 23 |
| 1.3.8 Teoria da presunção da negligência..... | 24 |
| 1.3.9 Teoria da exclusão do ilícito..... | 24 |
| 1.4 Natureza Jurídica | 25 |
| 1.4.1 Corrente Jurídico-Material | 25 |
| 1.4.2 Corrente Jurídico-Processual..... | 27 |
| 1.4.3 Corrente Mista | 27 |
| 2 PRESCRIÇÃO PENAL | 30 |
| 2.1 Distinção entre Prescrição, Decadência e Perempção | 30 |
| 2.2 Tipos de Prescrição | 33 |
| 2.2.1 Prescrição da pretensão punitiva | 34 |
| 2.2.1.1 Prescrição punitiva pura | 35 |
| 2.2.1.2 Prescrição superveniente | 37 |
| 2.2.1.3 Prescrição retroativa | 40 |
| 2.2.2 Prescrição da pretensão executória | 42 |
| 3 PRESCRIÇÃO PENAL MILITAR | 45 |
| 3.1 Generalidades..... | 45 |
| 3.2 Juízo competente para a decretação da prescrição..... | 46 |
| 3.3 As espécies de prescrição previstas no Código Penal Militar | 47 |
| 3.4 Prescrição da Pretensão Punitiva | 48 |
| 3.4.1 Prescrição pela pena in abstracto..... | 48 |

| | |
|--|-----------|
| 3.4.2 Prescrição pela pena in concreto..... | 50 |
| 3.5 Prescrição da Pretensão Executória..... | 53 |
| 4. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI PENAL COMUM AO DIREITO PENAL MILITAR..... | 56 |
| CONCLUSÃO | 64 |
| REFERÊNCIAS..... | 66 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo analisar a possibilidade de aplicação subsidiária da lei penal comum ao Direito Penal Militar no que tange ao instituto da prescrição.

A redação do § 1º do art. 125 do Código Penal Militar é ímpar no direito penal brasileiro, o trabalho apontará que para interpretá-lo, será utilizada a doutrina até hoje redigida, em sua grande maioria, por membros do Ministério Público Militar ou Magistrados da Justiça Militar e da controvertida jurisprudência dos tribunais comuns, Superior Tribunal de Justiça e Superior Tribunal Militar, ora oscilante, a respeito da prescrição retroativa.

Diante dessa dificuldade de pesquisa, no primeiro capítulo, foram abordados os seguintes tópicos: relato histórico identificando a origem do tema prescrição desde o período Romano, situando o instituto no sistema penal de outros países, e a evolução nas diversas modificações que o Código Penal brasileiro sofreu ao longo do tempo, até redação atual ditada pela Lei 7.209 de 1984; fundamentos; teorias fundamentadoras da prescrição; bem como a natureza jurídica, discriminando o conceito das correntes Jurídico-Material, Jurídico-Processual e Mista.

O segundo capítulo será destinado ao estudo do instituto da prescrição no Direito Penal Comum, enfatizando a distinção entre institutos elencado como causas da extinção da punibilidade (prescrição, decadência e perempção); detalhando também os tipos de prescrição citando os diferentes argumentos doutrinários e jurisprudenciais situando sua implantação em nosso ordenamento jurídico.

O terceiro capítulo tratou de generalidades elucidando algumas teorias que explicam o instituto; o juízo competente para a decretação da prescrição; fora às espécies de prescrição previstas no Código Penal Militar, assentadas em argumentos doutrinários e jurisprudenciais.

O quarto e último capítulo têm como escopo a situação problema a ser atendida, para isso, será feita uma retomada de alguns aspectos e conceitos estudados nos capítulos anteriores e demonstrar-se-á a aplicação subsidiária

das regras da lei penal comum ao direito penal militar, analisando a posição doutrinária e jurisprudencial, sobre o princípio da subsidiariedade, favorável à sua aplicação.

A escolha do tema abordado deve-se a necessidade de consecução no conhecimento acadêmico, de uma categoria do Direito Penal, o Direito Penal Militar, que tem caráter especial em função da sua esfera de atuação encontrar-se limitada a uma categoria ou classe de cidadãos.

Dessa forma, propõe-se uma investigação a fim de solucionar a questão-problema: **Se o Código Penal Militar não faz menção à possibilidade da utilização do período anterior a instrução do processo para fins do computo da prescrição retroativa, deve-se então, admitir a aplicação subsidiária do Código Penal comum?**

O objetivo a ser alcançado é verificar a aplicação subsidiária da Lei Penal comum ao Direito Penal Militar.

Na execução do presente trabalho monográfico foram utilizadas pesquisas doutrinárias atinentes ao instituto da prescrição, tanto na legislação penal comum, quanto na legislação especial, jurisprudências dos tribunais comuns, Superior Tribunal de Justiça e Superior Tribunal Militar, revistas do STM e artigos publicados na internet.

A metodologia de abordagem utilizada neste trabalho foi o método dedutivo.

1 GENERALIDADES DA PRESCRIÇÃO

1.1 Histórico

O termo prescrição é originário do latim *praecriptio*, entendido como um estrito posto antes, significando meio de defesa expedido antes da *demonstratio*, alertando o juiz e que, uma vez presente, não era mais possível examinar o mérito.¹

A origem da prescrição é um tema controvertido entre os pesquisadores, uns afirmam ter sido na Grécia o berço do instituto, pois no direito ateniense, o tempo deveria ter eficácia extintiva sobre a ação penal por se tornar difícil e perigosa a veracidade da prova dos crimes, exceto para alguns delitos graves que seriam imprescritíveis.²

Eduardo Reale esclarece que embora seja difícil determinar a origem do instituto, a hipótese mais provável é que o conceito de prescrição formou-se graças às injunções romanas de ordem processual, conforme a história, os romanos, com o intuito de evitar acusações prolixas e ineficazes, criaram prazos máximos para a conclusão do processo, inicialmente esse prazo era de um ano, depois, foi duplicado, fixando-o em dois anos.³

Contudo, foi em Roma que se descobriu o texto mais antigo abordando o tema da prescrição do procedimento criminal, a *Lex Julia de Adulteriis*, do século XVIII a. C.

De acordo com a *Lex Julia de Adulteriis*, o procedimento criminal para os crimes de adultério, lenocídio, estupro e incesto deveria ser realizado em cinco anos, uma vez que decorrido esse tempo ninguém mais poderia ser acusado. O prazo quinqüenal, segundo relatam os historiadores, fora escolhido em razão das festas lustrais que se realizavam a cada cinco anos, nessa festas

¹ BALTAZAR, Antonio Lopez. **Prescrição Penal**: Prescrição da Pretensão Punitiva, Retroativa, Intercorrente, Antecipada, da Pretensão Executória, da Pena de Multa, das Penas Restritivas de Direito, Direito Comparado. Bauru, SP: Edipro, 2003, p.19.

² Ibid., p.19.

³ FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal**: suas causas suspensivas e interruptivas. São Paulo: Saraiva, 1998, p.1.

havia a purificação do homem, pois entendiam o romanos que o tempo isentava os indivíduos de punição.⁴

Esses prazos, foram sendo alterados nas diversas civilizações e, mesmo em Roma, à época de Deocleciano e Maximiliano (284-305 a. C.), com a *Lex Cornélia de Injuriis* o prazo prescricional passou para vinte anos no que se refere aos crimes de ação privada, exceto aos delitos carnais e o peculato, cujo prazo continuou a ser de cinco anos.⁵

No final do Império Romano, surgiu a possibilidade de alguns crimes ponderados gravíssimos, fossem considerados imprescritíveis, dentre eles, o *parricidium*, por motivos puramente sociais foi declarado imprescritível, já que a morte do pai representava o fim da família e, como instituição sagrada, exigia a punição do filho criminoso, qualquer que fosse o decurso do tempo; o *suppositio partus*, por sua vez, possuía razões específicas, decorrentes do estado das pessoas que praticavam esse crime, a não ser admissível uma não-punição; e a apostasia ou abandono da fé, também foi declarado imprescritível por injunção da influência da Igreja Católica, que não podendo perder ser rebanho, amedrontava-o com a eterna punição.⁶

Ainda que tenha ocorrido ora a variação dos prazos prescricionais, ora a imprescritibilidade da conduta, a estrutura da prescrição da ação permaneceu por muitos anos conservada, vindo a sofrer alteração dos prazos apenas na Idade Média, fato que provocou uma intensa e acirrada crítica ao instituto, que previa o seu desaparecimento, tentando contornar a situação, novamente foram alterados os prazos prescricionais, contudo, de maneira indiscriminada, fixando-se um período de dez anos para vários delitos diferentes, sem se fazer qualquer distinção sobre a gravidade de cada um, e por outro lado, também fixou-se a imprescritibilidade a um número maior de delitos.⁷

Nessa época, os práticos italianos continuavam com novas idéias acerca da prescrição, afirmando que se o condenado tivesse bom

⁴ BALTAZAR, Antonio Lopez. **Prescrição Penal:** Prescrição da Pretensão Punitiva, Retroativa, Intercorrente, Antecipada, da Pretensão Executória, da Pena de Multa, das Penas Restritivas de Direito, Direito Comparado. Bauru, SP: Edipro, 2003, p.20.

⁵ Ibid, p.21.

⁶ FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal:** suas causas suspensivas e interruptivas. São Paulo: Saraiva, 1998, p.4.

⁷ BALTAZAR, op. cit, p.20.

comportamento e não praticasse novos delitos durante o prazo prescricional, seria beneficiado com a diminuição da pena, bem como o prazo prescricional, com o passar dos anos, constituindo assim, a inserção do elemento da *emendatio*⁸ do delinqüente como justificação ao instituto da prescrição criminal.⁹

Como resultado dessas novas idéias, foi fixado o prazo prescricional de vinte anos para todos os delitos, exceto os previsto na *Lex Julia de Adulteriis*, que era de cinco anos. A prescrição tratada à época apenas a da pretensão punitiva, não se discutindo a prescrição da pretensão executória.

A prescrição não trazia um pensamento unânime entre os juristas, deve-se destacar Cesare Becária, um dos pensadores mais célebres e liberais da época, entendia que:

A prescrição não deveria existir em relação aos crimes atrozes, pois representaria a negação de que a todo delito corresponderia uma pena como conseqüência necessária e inevitável. Seria assim, um prêmio à impunidade e um incentivo aos crimes alarmes a abalar a comunidade deixando-a em situação de defesa

Relativamente a crimes menores, no entanto, Becaria entendia ter cabimento a prescrição, pois o cidadão não poderia, em um crime de ínfima perigosidade, ficar durante muito tempo sujeito às incertezas de um processo movido pelo Estado, estando certo de que, com o passar dos anos, o réu poderia recuperar-se, ou mesmo a punição perder a eficácia exemplar.¹⁰

No Direito francês o instituto da prescrição foi ampliado em 1794, abolindo as restrições apresentadas pelos práticos italianos e introduzido a prescrição da pena. A prescrição da condenação no mesmo Direito francês era de trinta anos, aplicada à *actio judicati*¹¹.

Na Alemanha, o tema prescrição não era abordado, e o Código Penal Bávaro repeliu expressamente o instituto, seguindo os pensamentos de Feuerbach, se o maior obstáculo à eficiência da lei penal é a esperança na impunidade, não devia o Estado acorocó-la ainda mais com o favor da prescrição, sendo somente introduzida no país no transcorrer dos séculos XVI

⁸ A *emendatio*, com o passar dos anos, adquiriu influência em várias codificações posteriores, podendo-se destacar o Código da Prússia de 1794, o Código austríaco de 1852, o Código de Baviera de 1813 e os Códigos italiano e argentino do século XIX.

⁹ FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal**: suas causas suspensivas e interruptivas. São Paulo: Saraiva, 1998, p.5.

¹⁰ BECARIA, Cesare. Apud FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal**: suas causas suspensivas e interruptivas. São Paulo: Saraiva, 1998, p.6.

¹¹ *Actio judicati*, ação para fazer cumprir a sentença transitada em julgado.

e XVII. A prescrição era considerada aquisitiva, pois entendiam que o seu fundamento jurídico era a emenda presumida do delinqüente ¹²

Na Itália, a prescrição do procedimento criminal, conforme o atual art. 157 do Código de 1930, variados prazos prescricionais são enumerados, partindo do máximo da pena cominada em lei para cada crime, consumado ou tentado, o prazo prescricional levará em conta o aumento máximo da pena assentada por circunstancias agravantes ou a diminuição mínima pelas circunstancias atenuantes. Quanto ao início do prazo prescricional, para o crime consumado iniciar-se-á no dia da consumação; para o crime tentado, no dia em que cessou a atividade do culpado; para o crime continuado ou permanente, no dia em que cessa a continuação ou a permanência.¹³

No Brasil, a prescrição não foi mencionada no Livro V das Ordenações Filipinas, porque se tratar de um texto muito severo, apenas no Código Criminal do Império de 1830, foi feita menção apenas à prescrição da pretensão executória, contudo, para negar a sua aplicação, e no que se refere a prescrição da pretensão punitiva, não foi feita menção.¹⁴

Somente em 1832 é que o instituto da prescrição passou a figurar no Direito brasileiro, com o Código de Processo Criminal. O texto legal, ao tratar da prescrição, cuidou apenas da prescrição da pretensão punitiva, estabelecendo prazos prescricionais para três categorias de delitos: para os delitos e contravenções apreciados pelo Juizes de Paz, sendo de um ano para o culpado presente, sendo de três para ausente em lugar sabido; para os delitos afiançáveis, o prazo era de seis anos estando o criminoso presente e, de dez anos, se ausente, em lugar conhecido; e para os delitos inafiançáveis, o prazo também era de dez anos quando o culpado estivesse no lugar da culpa. No tocante a pretensão executória permanecia imprescritível.¹⁵

Com o Código Penal da República, de 11 de outubro de 1890, foram abordadas as duas formas de prescrição, sendo que os critérios no tocante aos

¹² BALTAZAR, Antonio Lopez. **Prescrição Penal**: Prescrição da Pretensão Punitiva, Retroativa, Intercorrente, Antecipada, da Pretensão Executória, da Pena de Multa, das Penas Restritivas de Direito, Direito Comparado. Bauru, SP: Edipro, 2003, p.23.

¹³ FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal**: suas causas suspensivas e interruptivas. São Paulo: Saraiva, 1998, p.11.

¹⁴ Código Criminal de 1830: Art. 65. "As penas impostas aos réos não prescreverão em tempo algum."

¹⁵ BALTAZAR, op. cit, p.24.

prazos, seguiram os mesmos do Decreto nº 774/1890, de vigência então recente, obedecendo aos mesmos prazos prescricionais. O termo inicial da prescrição executória era o dia em que a sentença passasse em julgado, ou quando interrompida, por qualquer modo, a execução já começada, conforme o art. 80 do CP da época.¹⁶ Esse código não admitiu crimes imprescritíveis, tratando sobre o prazo máximo de trinta anos para cumprimento das penas prevendo a detração penal.¹⁷

O Decreto nº 4.780, de 27 de dezembro de 1923, alterou disposições do Código Penal, inclusive algumas modificações referentes a prescrição que merecem destaque: estabeleceu a imprescritibilidade, para o delito de moeda falsa; a prescrição da ação foi regulada pela pena abstrata, pedida no libelo ou imposta na sentença; foi regulada a prescrição às penas acessórias e criaram novas causas interruptivas; foi instituída a prescrição da pretensão punitiva intercorrente, quando o artigo mencionado deixa claro haver um hiato entre a sentença e o trânsito em julgado, sendo regulado o prazo pela pena imposta na sentença.¹⁸

O Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940, institui o novo Código Penal Brasileiro, e em meio a muitas alterações o instituto da prescrição sofreu modificações, dentre elas, passou a figurar a expressão extinção da punibilidade, o prazos prescricionais foram majorados em relação à legislação anterior, sendo a prescrição máxima de vinte anos para delitos apenados acima de doze anos, e o prazo mínimo de dois anos, para os crimes com pena inferior a um ano.¹⁹

O Decreto-Lei nº 1.004 de 21 de outubro de 1969 que instituiu o novo Código Penal, após um período de quase dez anos de *vacatio legis*, foi revogado sem nunca ter entrado em vigor, porém, caso viesse, estabeleceria grandes mudanças ao instituto da prescrição, estipulando que a reincidência

¹⁶ Código Penal de 1890: Art. 80 “A prescrição da condenação começa a correr do dia em que passar um julgado a sentença, ou daquele em que for interrompida, por qualquer modo, a execução já começada. Interrompe-se pela prisão do condenado e começará a correr novamente do dia da evasão.”.

¹⁷ BALTAZAR, Antonio Lopez. **Prescrição Penal**: Prescrição da Pretensão Punitiva, Retroativa, Intercorrente, Antecipada, da Pretensão Executória, da Pena de Multa, das Penas Restritivas de Direito, Direito Comparado. Bauru, SP: Edipro, 2003, p.24-25.

¹⁸ Ibid., p.26.

¹⁹ Ibid., p.27-28.

deixaria de ser causa interruptiva; as penas acessórias seriam imprescritíveis; voltaria a figurar a denominação prescrição da ação do CP de 1890, no lugar de prescrição da pretensão punitiva; e eliminaria a prescrição retroativa, colocando um ponto final sobre toda a discussão acerca do tema.²⁰

Com a revogação do Código Penal de 1969 e diante da necessidade de alterações na legislação penal, promulgou-se a Lei nº 6.416 de 24 de maio de 1977, promovendo mudanças a parte geral do Código Penal de 1940, dentre as mais significativas: acrescentou um parágrafo ao art. 110, para proibir a contagem retroativa do prazo de prescrição em data anterior ao do recebimento da denúncia; o parágrafo único do mesmo artigo, passou a ser o § 1º e teve a sua redação alterada para explicitar que para a prescrição regulada pela pena *in concreto*, bastava o trânsito em julgado para a acusação, pois havia entendimento, calcado na redação anterior, da necessidade de recurso da defesa.²¹

Em 1984, a Lei nº 7.209, deu nova redação à Parte Geral do CP de 1940, instituindo alterações no tocante à prescrição, e principalmente no que se refere à prescrição retroativa por ser objeto de muitas controvérsias. Alterou novamente a redação do § 1º do art. 110, para explicar que a prescrição pela pena aplicada na sentença deve ser verificada com o trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido o seu recurso; no § 2º do mesmo artigo, procedeu-se a alteração para permitir a contagem do prazo retroativa à data anterior ao do recebimento da denúncia.²²

Dessa forma a prescrição no Direito Penal brasileiro, atualmente, é aquela prevista no Código Penal de 1940, com as várias alterações sofridas, sendo a última a reforma de 1984, que delimitou as variações do instituto da prescrição da seguinte forma: prescrição da pretensão punitiva subdividida em, propriamente dita ou abstrata, intercorrente e retroativa (arts. 109 e 110, §§ 1º e 2º); e a prescrição da pretensão executória (art. 110, *caput*).

²⁰ BALTAZAR, Antonio Lopez. **Prescrição Penal**: Prescrição da Pretensão Punitiva, Retroativa, Intercorrente, Antecipada, da Pretensão Executória, da Pena de Multa, das Penas Restritivas de Direito, Direito Comparado. Bauru, SP: Edipro, 2003, p.30.

²¹ *Ibid.*, p.30.

²² *Ibid.*, p.30-31.

1.2 Fundamentos

O instituto da prescrição penal é admitido pela maioria dos penalistas e consagrado pela generalidade dos Códigos. Alguns doutrinadores, como Bentham, Beccaria e Henckel são contrários a este instituto, para eles, deixar de aplicar a pena, simplesmente por efeito do decurso do tempo, seria a consagração da impunidade, que encorajaria os criminosos à prática de novos crimes, ensejando também, um insulto à justiça e à moral, enquanto que outros são contrários somente à prescrição da pena ou da condenação.²³

Para Adolphe Prins “a prescrição (da pena) é a impunidade pura e simples, e a impunidade é um mau exemplo para as massas, que não se entrega às considerações teóricas dos defensores da prescrição”.²⁴

Inúmeros fundamentos têm sido criados pelos partidários ao instituto da prescrição penal, para justificar a existência do mesmo, alguns recorrem ao direito civil, trazendo para o campo do direito penal, razões justificadoras da prescrição civil, exemplo Von Liszt²⁵, podendo causar dificuldades na compreensão, pois os dois institutos jurídicos diferem muito entre si, quer no mecanismo de sua aplicação, quer nos seus efeitos, e principalmente na própria razão de ser de cada um deles.

No direito civil, os fatos não desaparecem, a prescrição civil constitui um castigo à negligência do titular, o que não ocorre no direito penal. Nos dizeres de Antonio Rodrigues Porto “a prescrição civil extingue exclusivamente a ação que protege o direito, e não o próprio direito; já a prescrição penal extingue diretamente o direito de punir, de que é titular o Estado”.²⁶

Os fundamentos da prescrição da ação penal constituem razões para explicar e justificar, a subsistência ao longo dos anos, indicando os motivos pelos quais o Estado perde, em face do tempo, o direito de punir. Por isso, a

²³ PORTO, Antonio Rodrigues. **Da Prescrição Penal**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.13.

²⁴ PRINS, Adolphe. Apud PORTO, Antonio Rodrigues. **Da Prescrição Penal**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.13.

²⁵ LISZT, Franz Voin. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Higino Duarte Pereira. V. 1, p.476.

²⁶ PORTO, op. cit, p.14.

prescrição da ação penal, adquiriu na sua evolução, inúmeros motivos a respaldar a não-punição, merecendo destaque as seguintes teorias:

1.3 Teorias Fundamentadoras da Prescrição

Para fundamentar a prescrição penal, serão enumeradas as principais teorias já criadas, outras, ainda existem, porém estas são as mais seguidas e razoáveis:

1.3.1 Teoria do esquecimento

A teoria do esquecimento sustenta a idéia de que o tempo faz com que a sociedade esqueça, paulatinamente, o crime e não se recorde mais do delito, causando conseqüentemente a extinção ou a atenuação da intranqüilidade, do alarme social e do desejo de satisfação do ofendido.²⁷

Fábio Guedes de Paulo Machado preceitua que:

[...] esta teoria que o decurso de tempo havido desde a prática do delito sem a devida condenação e a respectiva execução desta, faz com que o crime seja esquecido pela sociedade, inexistindo interesse a ser protegido.²⁸

1.3.2 Teoria do arrependimento ou expiação moral

Teoria que justifica a prescrição da ação com fulcro em sofrimento imposto ao indivíduo, proveniente de angústias e ansiedades, sentidas durante os anos de tramitação do processo, partindo do pressuposto de que o andamento e a imposição do processo, durante muitos anos, fazem com que o argüido medite sobre sua conduta, havendo um momento de reflexão que dispensaria eventual punição, a justificar por esse motivo a extinção da punibilidade por meio da prescrição, não sendo mais punido o indivíduo,

²⁷ FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal**: suas causas suspensivas e interruptivas. São Paulo: Saraiva, 1998, p.25.

²⁸ MACHADO, Fabio Guedes de Paula de. **Prescrição Penal**: Prescrição Funcionalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.89.

porquanto, sofreu suficientemente a expiação da culpa, proveniente de aflição e opressão, sentidas durante o processo.²⁹

Segundo Fábio Guedes de Paula Machado:

A teoria da expiação moral recebeu severas críticas, sendo qualificada como arbitrária, pois a pena jamais estaria compensada pelo sofrimento moral, além de que o objetivo da pena, para qualquer escola penal, não é a aflição imposta ao imputado durante a marcha de seu processo.³⁰

Eduardo Reale Ferrari entende ser a expiação do criminoso mera presunção duvidosa, falível e reversível, e adotar tal teoria como fundamento da prescrição é ressurgir a hoje ultrapassada tese de que há por parte do preso, durante o transcorrer do processo, reflexão e mediação sobre o mal praticado.³¹

1.3.3 Teoria da piedade

Eduardo Ferrari expõe essa teoria da seguinte maneira:

Consiste em uma idéia subsidiária à teoria do esquecimento. Segundo ela, o transcorrer do tempo faz com que a sociedade tenha compaixão para com o delinqüente, a não exigir mais a reafirmação da norma violada.³²

Enquanto que para alguns autores os temores, as ânsias e as agonias podem ter flagelado o réu por certo tempo, sobrevivendo-lhe suficiente expiação, podendo-se afirmar que este flagelo é equivalente a uma pena, ficando latente aqui um sentimento de piedade humana.³³

O que não pode ser esquecido é que as sanções possuem finalidades de ressocialização do agente, bem como de trazer tranqüilidade a sociedade, e esses fins não serão alcançados com a mera piedade ao delinqüente, por não

²⁹ FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal:** suas causas suspensivas e interruptivas. São Paulo: Saraiva, 1998, p.27.

³⁰ MACHADO, Fabio Guedes de Paula de. **Prescrição Penal:** Prescrição Funcionalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.91.

³¹ FERRARI, op. cit, p.27.

³² FERRARI, op. cit, p.28.

³³ MACHADO, op.cit, p.93.

possuir o perdão reflexos de redenção do criminoso e muito menos de apaziguação para a sociedade.³⁴

1.3.4 Teoria da dispersão das prova

Antonio Rodrigues Porto preconiza que: “com o passar do tempo, os meios de prova vão se tornando mais difíceis, quem sabe impossíveis, com isso a apuração do fato delituoso torna-se incerta e a defesa do acusado mais precária.”³⁵

Eduardo Ferrari entende que:

[...] injusta será a imposição da sanção, porquanto incerta a responsabilidade criminosa. O tempo segundo essa teoria, impede a lembrança dos fatos, dificultando a persecução processual, obstaculizando a certeza da convicção da punição.³⁶

1.3.5 Teoria da Emenda

Segundo Fábio Machado,

[...] esta teoria sustenta que decorrido o prazo prescricional, sem que o delinqüente tenha novamente infringido a norma penal, não é necessária a aplicação do castigo, pois se pressupõe que o mesmo tenha se redimido.³⁷

Demonstrando uma presunção de recuperação e emenda sem a participação do estado, deixando de existir a razão para a intervenção da coerção penal.

Entende-se por essa teoria que a ausência de outras condutas delituosas, durante o processo, seria a demonstração de que o indivíduo se

³⁴ FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal**: suas causas suspensivas e interruptivas. São Paulo: Saraiva, 1998, p.29.

³⁵ PORTO, Antonio Rodrigues. **Da Prescrição Penal**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.16.

³⁶ FERRARI, op. cit, p.29.

³⁷ MACHADO, Fabio Guedes de Paula de. **Prescrição Penal**: Prescrição Funcionalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.92.

regenerou, ou está ressocializado à comunidade, a não fazer mais sentido a injunção da sanção.³⁸

1.3.6 Teoria da alteração psicológica

Essa teoria tem por precursor Gabriel Tarde, que acredita que o tempo pode mudar a constituição psíquica do indivíduo, a eliminar o nexos psicológico entre o fato e o agente, acreditando na força e na interferência que o tempo possui sobre as pessoas, entende que o indivíduo com o passar dos anos, terá se tornado uma outra pessoa, psicologicamente alterada, a não mais se justificar a punição.³⁹

No mesmo sentido Fábio Machado, sustenta a mesma idéia da alteração da constituição psíquica do culpado em razão do decurso de tempo, porque se eliminou o nexos psicológico entre o fato e o agente, pelo decurso do tempo.⁴⁰

1.3.7 Teoria da política criminal

Teoria esta que toma por base uma posição política de extinção da ação após o transcurso de muitos anos, onde o Estado não é um órgão do poder ilimitado e repressivo, mas sim, gerenciador do bem comum, onde uma vez alcançadas as finalidades de reação à criminalidade e equilibrada a sociedade, não mais seria necessária a punição, a torna-se carente politicamente de sanção.⁴¹

A teoria da política criminal para ser definida deve partir da premissa de que ela é a ciência que tem por finalidade a prevenção e combate a criminalidade, desde a confirmação do direito e da justiça criminal até a efetividade da sanção penal, constatando que um dos instrumentos possíveis

³⁸ FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal**: suas causas suspensivas e interruptivas. São Paulo: Saraiva, 1998. p.31.

³⁹ Ibid., p.32.

⁴⁰ MACHADO, Fabio Guedes de Paula de. **Prescrição Penal**: Prescrição Funcionalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.93.

⁴¹ FERRARI, op. cit, 1998. p.37.

para diminuir a criminalidade configurar-se-ia por meio da não punição de condutas tardias, restringindo a participação do estado apenas aos casos estritamente necessários, aplicando a punição apenas nos casos justificável e indispensável.⁴²

1.3.8 Teoria da presunção da negligência

Essa teoria advém do Direito civil e entende haver negligência por parte do estado em fazer cumprir a norma, especialmente quanto à persecução penal e ao cumprimento da condenação. Então, em razão da má fé ou negligência das autoridades constituídas pelo Estado, permite-se que o infrator não seja punido após o decurso de certo período de tempo. Deste percurso de temporal, surge a presunção de negligência por parte do Estado no exercício do *jus puniendi*.⁴³

Eduardo Ferrari possui posicionamento contrário, defende que não se pode atribuir culpa ao Estado quando é sabido que inúmeros crimes sequer chegam ao conhecimento dos órgãos estatais, especificamente da polícia, não se podendo, por isso, atribuir culpa aos agentes, se nem aos mesmos tiveram conhecimento do fato.⁴⁴

1.3.9 Teoria da exclusão do ilícito

Teoria defendida por Lorenz, entende que a desnecessidade da aplicação da sanção decorre da ausência de proteção penal após muitos anos, conseqüentemente, o bem jurídico deixa de ter relevância social a esquecer-se do delito e assim justificar a prescrição. Parte da idéia de que o tempo interfere na ilicitude material da conduta a conduzir a não punição do agente.⁴⁵

⁴² FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal**: suas causas suspensivas e interruptivas. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 33.

⁴³ MACHADO, Fabio Guedes de Paula de. **Prescrição Penal**: Prescrição Funcionalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.98.

⁴⁴ FERRARI, op. cit, p.98.

⁴⁵ FERRARI, op. cit, p.36.

Fábio Machado relata que essa teoria aponta para a perda de importância e de notoriedade do bem jurídico, sendo considerado pelos neokantistas, desvalorizado pelo longo decurso de tempo, quando os efeitos antijurídicos do crime desaparecem pela ação suavizante do tempo.⁴⁶

1.4 Natureza Jurídica

Sempre que estivermos em busca de encontrar a natureza jurídica de um instituto, devemos procurar por sua essência, e ao definirmos que é natureza jurídica estaremos definindo que ela verdadeiramente é, o que representa para o Direito e onde se situa no ordenamento jurídico.⁴⁷

Podemos definir que natureza jurídica da prescrição é a perda do *jus puniendi* por inércia ou demora do Estado, atingindo o próprio direito de punir e indiretamente o direito de ação, podendo ocorrer a extinção da punibilidade, antes ou depois do transito em julgado da condenação.⁴⁸

A natureza jurídica da prescrição é assunto dos mais debatidos e acirrados, podendo ser representado por três correntes de posicionamento: corrente jurídico-material, corrente jurídico-processual e corrente mista ou eclética, a seguir discriminadas.⁴⁹

1.4.1 Corrente Jurídico-Material

A corrente jurídico-material é aquela que defende ser a prescrição da ação um instituto de cunho meramente substantivo, partindo do pressuposto de que o tempo elimina a necessidade do castigo e exigência da punição, para justificar a renúncia por parte do Estado.⁵⁰

⁴⁶ MACHADO, Fábio Guedes de Paula de. **Prescrição Penal: Prescrição Funcionalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.99.

⁴⁷ JUNIOR, Sidio Rosa de Mesquita. **PRESCRIÇÃO PENAL**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 80.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 80.

⁴⁹ FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal: suas causas suspensivas e interruptivas**. São Paulo: Saraiva, 1998. p.17.

⁵⁰ *Ibid.*, p.17.

O tempo faz com que o Estado renuncie a qualquer espécie de proposição, uma vez que será impossível alcançar as finalidades da sanção, porquanto após muitos anos, tornam-se progressivamente ineficazes.⁵¹

Outras duas razões foram criadas pelos adeptos da corrente jurídico-material, para justificar a natureza substantiva do instituto da prescrição do procedimento criminal. A primeira baseia-se na Influência do tempo no juízo da culpa, ao ponto de não exigir mais uma reprovabilidade por parte da censura comunitária. A segunda caracteriza-se pela influência do tempo no próprio ilícito penal, funcionando como verdadeira causa de exclusão da antijuricidade.⁵²

Eduardo Ferrari discorda dos dois posicionamentos anteriores, com relação à causa de exclusão do ilícito, entende que o decurso do tempo não afeta o bem jurídico tutelado e a contrariedade da norma, afetando apenas a necessidade de punição; no que tange à ausência de censurabilidade em decorrência do lapso temporal, defende ser esta uma razão descabida, pois não vislumbra como um delito pode deixar de ser censurável pelo simples fato de ter decorrido certo tempo, não será o transcurso do tempo que tornará o delito incensurável. A punição será dispensada com fulcro no desaparecimento da censurabilidade da conduta, mas sim porque as finalidades das sanções não exigem mais a punição.⁵³

Nos dizeres Sidio de Mesquita para descrever a corrente jurídico-material:

A prescrição é instituto que ocupa unicamente o campo do direito material (Direito Penal), sem qualquer relação com o direito formal (Direito Processual), visto que constitui a perda do *ius puniendi*, em face do decurso do tempo.⁵⁴

51 FERRARI, Eduardo Reale. Prescrição da Ação Penal: suas causas suspensivas e interruptivas. São Paulo:Saraiva, 1998. p. 17.

52 Ibid., p. 18.

53 Ibid., p. 18.

54 JUNIOR, Sidio Rosa de Mesquita. PRESCRIÇÃO PENAL. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 81.

1.4.2 Corrente Jurídico-Processual

A corrente jurídico-processual funda-se na dificuldade e dubiedade do resultado da investigação do fato e do agente, obtido com o passar do tempo, enfraquecendo a veracidade a prova, resultando em irreversíveis perigos judiciários, que justificam a renúncia do Estado a uma punição duvidosa e incerta.⁵⁵

Esta corrente de pensamento se afasta da idéia das finalidades das sanções, aportando seus conhecimentos no aspecto formal da produção da prova, ainda que, compreendida e até certo ponto admitida, críticas serão feitas a essa corrente, uma vez que se esquece do próprio ilícito típico e das conseqüências jurídicas do delito, pois volta sua atenção apenas às causas probatórias e à incerteza da punição, a desprezar que a injunção ou não da punição há de ser ponderada pela sua ineficácia.⁵⁶

Para Sidio Rosa a corrente jurídico-processual:

[...] prende-se, principalmente, aos efeitos que o tempo exerce sobre os vestígios, fazendo com que estes desapareçam, sendo um instituto que encontra fulcro em razões de natureza processual, eis que voltando ao desaparecimento das provas, essenciais à instrução do processo.⁵⁷

1.4.3 Corrente Mista

A corrente mista é aquela que justifica a prescrição do procedimento criminal, tanto por razões substantivas, aquelas ligadas aos fins das sanções e a sua influência no decurso do tempo, ou secundariamente ligadas a teoria do crime no que se refere à ilicitude e a culpabilidade, quanto por razões adjetivas, aquelas ligadas ao enfraquecimento e incertezas das provas obtidas após longo decurso de tempo.⁵⁸

⁵⁵ FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal**: suas causas suspensivas e interruptivas. São Paulo: Saraiva, 1998. p.18-19.

⁵⁶ Ibid., p.19.

⁵⁷ JUNIOR, Sidio Rosa de Mesquita. **PRESCRIÇÃO PENAL**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.81.

⁵⁸ FERRARI, op. cit, p.19.

Para Vicente de Azevedo a prescrição do procedimento criminal tem assento em ambos os Direitos, substantivo e formal, e deve ser regulado tanto pelo Código Penal como pelo Código de processo Penal, chegando a conclusão que a sendo a extinção da punibilidade um complemento, uma consequência da ação penal, esta é inerente aos dois campos, substantivo e adjetivo, geralmente no que diz respeito ao direito de ação pertence ao Direito substantivo, e no que diz respeito ao exercício desse direito, pertence ao Direito formal ou adjetivo.⁵⁹

O posicionamento do Professor Eduardo Correia é essencialmente substantivo, pois decorre do fato de ser a prescrição um instituto fulcrado exclusivamente nos fins das penas, e estas, com o decurso do tempo, mudam de opinião a não merecer qualquer punição.⁶⁰

Figueiredo Dias, aceita a tese de que a prescrição da ação tem natureza mista, uma vez que o tempo gera dúvidas sobre a prova colhida, pois com o passar dos anos, as finalidades das sanções não são alcançadas, não existindo qualquer carência de punição a justificar uma reafirmação desnecessária da norma anteriormente violada.⁶¹

Eduardo Ferrari segue o mesmo pensamento defendido por uma corrente mista, contudo, fazendo uma ressalva, que prescrição da ação está, a cada dia mais voltada para os fins das sanções.⁶²

O professor C. A. Teixeira Paranhos utiliza-se dos seguintes argumentos para sediar sua posição sobre a natureza jurídica do instituto.

[...] se o abonarmos pelo lado do direito puramente material, ficaremos sem explicação coerente para suportar a idéia da inoperância do *jus puniendi*, vale dizer, pela falta de existência de condições para o intentamento da ação penal, fato de direito processual, ou pelo menos, exercido através dele.

Se, por reverso, ficarmos somente na órbita do direito formal, não encontraremos justificação válida e presente para enquadrar a falta de imposição da pena, direito material, que é.

⁵⁹ AZEVEDO, Vicente de. Apud MACHADO, Fabio Guedes de Paula de. **Prescrição Penal: Prescrição Funcionalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.136.

⁶⁰ CORREIA, Eduardo. Apud FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal: suas causas suspensivas e interruptivas**. São Paulo: Saraiva, 1998, p.22.

⁶¹ DIAS, Figueiredo. Apud FERRARI, Eduardo Reale. Op cit, p.22.

⁶² FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal: suas causas suspensivas e interruptivas**. São Paulo: Saraiva, 1998. p.22.

Assim, conseguintemente, somos obrigados, em obséquio à lógica, a nos sediarmos na posição intermédia, por força da duplicidade de considerações e implicações ínsitas na formação pluralista da prescrição, a um só tempo fincada em terreno penal e processual.⁶³

⁶³ TEIXEIRA PARANHOS, C. A. **Revista de Direito Militar**. Janeiro a Junho, 1997, Ano IV, Número 7, p. 59.

2 PRESCRIÇÃO PENAL

A prescrição penal não é um instituto particular do Direito Penal, mas é comum a todo o ordenamento, naturalmente isto se refere à idéia de que o transcurso do tempo desfaz a validade dos atos. Na legislação penal comum, este evento produz o desaparecimento da delituosidade atual de um fato, enquanto que no Direito privado produz o fim da possibilidade de discutir ou invocar direitos subjetivos.⁶⁴

Doutrinariamente, podemos aprender com os seguintes conceitos:

Com propriedade, leciona Mirabete:

A prescrição é a perda do direito de punir do Estado pelo decurso de tempo. Justifica-se esse instituto pelo desaparecimento do interesse estatal na repressão do crime, em razão do tempo decorrido, que leva ao esquecimento do delito e à superação do alarma social causado pela infração penal. Além disso, a sanção perde sua finalidade quando o infrator não reincide e se readapta à vida social.⁶⁵

Mesquita Junior, por prescrição, entende que:

A prescrição, ao contrário, de extinguir apenas o direito de queixa ou de representação extingue o próprio direito de punir. Esse é o tido em sentido amplo, pois inclui o direito de aplicar penas, bem como o de executar as que foram aplicadas, Assim, a prescrição atinge diretamente a punibilidade.⁶⁶

Depreende-se então, que a prescrição é um instituto que extingue o direito de punir, em razão da perda do direito de continuar deduzindo em juízo o pedido condenatório, ou da perda do direito de executar a pena aplicada pelo julgador, pelo decurso do tempo.

2.1 Distinção entre Prescrição, Decadência e Perempção

Após abordagem sobre as generalidades da prescrição, é importante frisar que, havendo a prática de um delito o Estado poderá exercer o *jus puniendi*, inexistindo ação de persecução penal, ocorrerá a extinção da

⁶⁴ MACHADO, Fabio Guedes de Paula de. **Prescrição Penal: Prescrição Funcionalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.106.

⁶⁵ MIRABETE, Julio Fabrinni. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 17ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.401.

⁶⁶ JUNIOR, Sidio Rosa de Mesquita. **PRESCRIÇÃO PENAL**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.51.

punibilidade, sendo necessário se fazer uma distinção entre os institutos que utilizam o decurso do tempo, como causa da extinção da punibilidade, os quais estão elencados no inciso IV, do art. 107 do Código Penal.

Art. 107 Extingue-se a punibilidade:

I – pela morte do agente;

II – pela anistia, graça ou indulto;

III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV – pela prescrição, decadência ou perempção;

V – pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VI – pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;

VII e VIII – Revogados. Lei nº 11.106, de 28-3-2005;

IX – pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.⁶⁷

A perempção é uma sanção processual, aplicável ao querelante que deixa decorrer tempo maior que aquele permitido pela lei processual, ou que deixa de pedir a condenação do querelado nas alegações finais, ou ainda, quando ocorrer a morte ou extinção do querelante, sendo um instituto jurídico que só alcança a ação de iniciativa privada, sendo que a sua denominação decorre da menor gravidade do fato, alcançando somente a figura do querelante.⁶⁸

O Código de Processo Penal, no caput do art. 60 dispõe sobre a perempção da seguinte forma:

Art. 60 Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal:

I – quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante trinta dias seguidos;

II – quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de sessenta dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no artigo 36;

III – quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais;

⁶⁷ BRASIL. Código Penal - Vademecum acadêmico de direito. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

⁶⁸ JUNIOR, Sidio Rosa de Mesquita. PRESCRIÇÃO PENAL. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.50.

IV – quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.⁶⁹

Em suma a perempção é a perda do direito do queixoso de continuar o processo. A ação penal torna-se perempta quando, no caso de queixa em ação exclusivamente privada, ocorre o abandono do processo por parte do autor.⁷⁰

A decadência é a perda do direito de queixa ou de representação, em face do decurso do tempo.

Nesse sentido, o art. 103 do Código Penal dispõe da seguinte forma:

Art. 103 Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3o do artigo 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.⁷¹

A decadência de direito tem grade afinidade com a prescrição, sendo também, um instituto criado pela política criminal, baseada no interesse social. Ambas são oriundas do direito substantivo, teoricamente existem várias distinções entre elas, na prática, porém, nem sempre é fácil distinguir quando um prazo é de prescrição ou de decadência.⁷²

Os prazos de decadência não estão sujeitos à suspensão nem de interrupção, e não são reduzidos no caso de o agente ser menor de vinte e um anos ou maior de setenta, como ocorre na prescrição.⁷³

O prazo da decadência corre simultaneamente com o da prescrição, contudo, o curso de um e de outro são inteiramente independentes, nem sempre coincide o prazo decadencial com o de prescrição, em alguns casos, pode ocorrer a prescrição antes de oferecida a queixa ou a representação e antes mesmo de começar o prazo de decadência, quando o ofendido ignora a infração por tempo suficiente a prescrever.⁷⁴

A prescrição ao contrário de extinguir apenas o direito de queixa ou de representação, extingue o próprio direito de punir, atingindo diretamente a

⁶⁹ BRASIL. Código de Processo Penal - Vademecum acadêmico de direito. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

⁷⁰ PORTO, Antonio Rodrigues. **Da Prescrição Penal**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.42.

⁷¹ BRASIL. Código Penal - Vademecum acadêmico de direito. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

⁷² PORTO, op. cit, p.40.

⁷³ PORTO, op. cit, p.41.

⁷⁴ PORTO, op. cit, p.41.

punibilidade, enquanto que a decadência só a atingirá indiretamente, uma vez que seu objetivo principal é atingir o direito de ação, ou seja, inviabilizar o exercício do direito de queixa ou de representação.⁷⁵

2.2 Tipos de Prescrição

Com o cometimento da infração penal, inferi-se que há uma lesão ao Estado, e este na situação de Estado Administração, toma a iniciativa de garantir a observância da lei, recorrendo ao Estado-juiz para, através do devido processo legal, ver concretizado o seu direito de punir.

Dessa forma, nasce para o Estado a pretensão de punir o autor do fato criminoso, a qual deve ser exercida dentro de determinado lapso temporal que varia, por vez, de acordo com a figura criminosa composta pelo legislador e segundo o critério do máximo cominado em abstrato da pena privativa de liberdade.⁷⁶

Conforme Ney Moura Teles, o direito de punir o agente do crime, o *ius puniendi*, pertence ao estado que tão logo tenha notícia da prática do delito, dá início a chamada persecução penal, investigando as circunstancias, descobrindo suas particularidades, suas características, seu autor e, por intermédio do exercício do direito de ação, deduzir, perante o órgão do Poder Judiciário, sua pretensão de punir o responsável pelo crime, ou de ver aplicada uma medida de segurança ao agente inimputável.⁷⁷

A finalidade do direito de punir o agente do crime que o Estado possui, não é realizado de forma vingativa, mas sim de educar e ressocializar o condenado, devendo-se respeitar certo lapso temporal, descrito taxativamente pela norma penal.

Conforme mencionado no tópico natureza jurídica, a prescrição tem natureza mista, contudo, no tocante ao cômputo dos prazos prescricionais,

⁷⁵ JUNIOR, Sidio Rosa de Mesquita. PRESCRIÇÃO PENAL. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.51.

⁷⁶ MIRABETE, Julio Fabrinni. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 17 ed. São Paulo. Atlas, 2001, p.401.

⁷⁷ TELES, Ney Moura. **Direito Penal**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p.243.

aplica-se a regra mais favorável. Muito se discute sobre a aplicação dos prazos, do art. 798, inciso 1º do CPP, estabelecendo que seus prazos sejam calculados desconsiderando o dia do início e considerando o dia do vencimento, em contra partida o art. 10 do código Penal, estabelece que o dia do começo inclui-se no computo do prazo.

Segundo o pensamento de Sidio Rosa, mais correta é a orientação doutrinária, hodiernamente unânime, que entende que deve ser aplicada a regra contida no art. 10 do CP. Assim, o dia do começo será incluído no prazo, que será contado segundo a regra do calendário comum.⁷⁸

Sabendo-se que a prescrição é a perda do direito de punir ou de executar a pena imposta, conclui-se que existem dois grandes tipos de prescrição: a prescrição da pretensão punitiva, que poderá se concretizar antes do trânsito em julgado da decisão, se desdobrando em punitiva pura, superveniente e retroativa e que implicam a perda do direito de punir, ou seja, de aplicar a pena, e a prescrição da pretensão executória, que significa dizer a impossibilidade de se fazer com que o condenado cumpra a pena, por não ter sido cumprida no prazo máximo fixado em lei.

De forma reduzida, infere-se que enquanto a pena esta cominada na lei, o Estado tem o direito subjetivo de punir o infrator, mas não tem pretensão enquanto não concretizado o delito; realizado o crime, o Estado passa a ter uma pretensão punitiva, que perdurará até o trânsito em julgado da condenação, sendo denominada prescrição da pretensão punitiva, todas as ocorridas nessa fase.

2.2.1 Prescrição da pretensão punitiva

Pretensão punitiva é a exigência de subordinação do direito de liberdade do cidadão ao direito de punir concreto do Estado. Assim, praticado o crime e antes de a sentença penal transitar em julgado, o Estado é o titular da

⁷⁸ JUNIOR, Sidio Rosa de Mesquita. **PRESCRIÇÃO PENAL**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 86.

pretensão punitiva, exigindo do Poder Judiciário a prestação jurisdicional pedida na acusação.

2.2.1.1 Prescrição punitiva pura

Como pode ser verificado, a prescrição punitiva pura ocorre antes do trânsito da sentença condenatória e regula-se pelo máximo da pena abstrata cominada ao crime. É também conhecida pela doutrina de prescrição da pretensão punitiva propriamente dita.

Enquanto não existir uma sentença condenatória transitada para as duas partes, Ministério Público e réu, fala-se em prescrição punitiva.

A prescrição punitiva pura esta regulada no caput do artigo 109 do CP e se verifica da seguinte forma:

Art. 109 A prescrição antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I – em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II – em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III – em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede oito;

IV – em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V – em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não exceda a dois;

VI – em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.⁷⁹

Para compreender como é feita a contagem do prazo, faz-se necessário utilizar como exemplo a ocorrência de um crime de lesão corporal, previsto no art. 129, caput, do CP.

“Art. 129 Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena – Detenção de três meses a um ano.”

⁷⁹ BRASIL. Vademecum acadêmico de direito - Código Penal. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

Verifica-se que o máximo da pena abstrata cominada é de um ano, aplicando-a a tabela do art. 109, inciso V do CP, o prazo é de quatro anos para a ocorrência da prescrição punitiva.

Conforme o posicionamento de Sidio Rosa: [...] o ideal seria levar em consideração a pena justa, dentro da variação prevista no CP, ou seja, a sanção efetivamente merecida pelo infrator.⁸⁰

Em contrapartida, Delmanto⁸¹ acentua que antes do término da ação é impossível determinar o quantum que deverá ser efetivamente aplicado, razão pela qual o legislador teve que se valer da pena máxima prevista em abstrato.

Segundo Tereza Dóro, a prescrição da pretensão punitiva pode ocorrer gerando várias situações:⁸²

a) se não houver a instauração de inquérito (no exemplo dado) e desde o fato já se passaram quatro anos, o inquérito não poderá mais ser instaurado;

b) se ocorrer o prazo prescricional, estando o inquérito em andamento, o delegado faz o relatório, manda os autos para juízo e o Ministério Público requererá a extinção da punibilidade, arquivando-se os autos por determinação do judicial;

c) se por qualquer motivo chegou a ser oferecida denúncia ou queixa, o juiz a rejeitará com base no art. 43, II, do CPP, determinando o arquivamento do inquérito;

“Art. 43 – A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

[...]

II – já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa.”

d) se a ação estiver em andamento, o juiz, de ofício ou mediante pedido de qualquer das partes decretará a extinção da punibilidade e mandará arquivar os autos com base no art. 61, parágrafo único;

Art. 61 Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.

⁸⁰ JUNIOR, Sidio Rosa de Mesquita. **PRESCRIÇÃO PENAL**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 90.

⁸¹ DELMANTO, Apud JUNIOR, Sidio Rosa de Mesquita. **PRESCRIÇÃO PENAL**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.90-91.

⁸² DÓRO, Tereza N. R. **MANUAL PRÁTICO DE PROCESSO PENAL**. 3. ed. Campinas, SP: Copa Livros, 1994, p.174-176.

Parágrafo único – No caso de requerimento do Ministério público, do querelante ou do réu, o juiz mandará autua-lo em apartado, ouvirá a parte contrária e, se o julgar conveniente, concederá o prazo de cinco dias para a prova, proferindo a decisão dentro de cinco dias ou reservando-se para apreciar a matéria na sentença final.

e) se a ação estiver em fase de julgamento e perceber-se que houve a prescrição, ou seja, já transcorreu prazo superior ao previsto na tabelado art. 109 do CP, o juiz decreta a extinção da punibilidade sem entrar no mérito da causa, ou melhor, sem decidir se o réu é culpado ou inocente, arquivando, em seguida, os autos. Isso significa que o réu não foi nem condenado nem absolvido, cessando a ação no estado em que se encontra, sem julgamento do mérito;

f) se houve uma sentença condenatória e em grau de recurso o tribunal perceber a ocorrência da prescrição punitiva, declarada extinta a punibilidade sem entrar no mérito e fazendo cessar todos os efeitos da sentença recorrida, que fica rescindida.

Podendo verificar que, quando reconhecida a prescrição punitiva em instancia superior, não há que se falar em absolvição ou condenação, vez que o tribunal não analisa o mérito, extinguindo pura e simplesmente o feito, sem dizer se o acusado é inocente ou acusado.

2.2.1.2 Prescrição superveniente

Outra forma de prescrição punitiva existente é a superveniente ou intercorrente, pois ocorre entre a data em que a sentença é entregue em cartório pelo juiz e seu transito definitivo. Uma vez que a sentença condenatória já ter sido prolatada, e a pena não puder mais ser elevada, em razão do trânsito para o Ministério Público, seu cálculo será feito com base na pena in concreto aplicada e não mais pela pena máxima abstrata.⁸³

Segundo Mesquita Junior:

Denomina-se prescrição subsequente, ou superveniente, porque se concretiza depois da sentença. Assim, o marco para essa espécie de prescrição é a sentença condenatória recorrível. Antes dela, a

⁸³ DÓRO, Tereza N. R. **MANUAL PRÁTICO DE PROCESSO PENAL**. 3. ed. Campinas, SP: Copa Livros, 1994, p.188-189.

prescrição não poderá ser tida como subsequente, ou superveniente, eis que não terá ocorrido depois daquilo que servirá de referência.⁸⁴

Para Marildo Peixe a prescrição superveniente à sentença condenatória:

Ela ocorre entre a sentença recorrida e o julgamento do recurso, pois a sentença não chega a transitar em julgado, antes de decorrer um novo prazo prescricional, cujo termo inicial é a própria decisão condenatória. A sentença só pode transitar em julgado para o condenado depois que este receber a intimação e tomado conhecimento pode exercer seu direito constitucional de recorrer a instância superior. Neste recurso pode ocorrer a prescrição **superveniente, subsequente ou intercorrente**, (são sinônimas).

A sanção não pode ser executada enquanto couber recurso e nesta fase o prazo é regulado pela pena aplicada, e não mais pela pena em abstrato. Se o tribunal demorar para julgar poderá ocorrer a prescrição superveniente.⁸⁵

O STF com a súmula 146 (de 1961) "a prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença quando não há recurso da acusação" apoiada por Nelson Hungria, entendeu que se a acusação não teve interesse em majorar a pena, com recuso, seria inadmissível a *reformatio in pejus* assim a sentença passou a ser base de cálculo da prescrição da pretensão punitiva e com a reforma da lei 7.209/84, consagrou-se a jurisprudência dando-lhe conteúdo normativo transformando na norma penal do artigo 110 § 1º.⁸⁶

A prescrição superveniente esta regulada no artigo 110 § 1º do CP e se verifica da seguinte forma:

Art. 110 A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.⁸⁷

Tereza Dóro argumenta que para melhor compreensão da aplicação da prescrição superveniente, utiliza como exemplo uma sentença condenatória

⁸⁴ JUNIOR, Sidio Rosa de Mesquita. **PRESCRIÇÃO PENAL**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.92.

⁸⁵ PEIXE, Marildo. Prescrição penal: extinção da pretensão punitiva e pretensão executória. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=966>>. Acesso em: 16 maio 2008.

⁸⁶ PEIXE, Marildo. Prescrição penal: extinção da pretensão punitiva e pretensão executória. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=966>>. Acesso em: 16 maio 2008.

⁸⁷ BRASIL. Código Penal - Vademecum acadêmico de direito. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

impondo ao réu uma pena de seis meses; houve trânsito para o Ministério Público e, de acordo com o art. 109, inciso VI, a sentença deverá se tornar definitiva, ou seja, deve transitar também para o réu em dois anos, sob pena de ocorrer a prescrição punitiva superveniente das seguintes maneiras:⁸⁸

a) Passam-se os dois anos sem que o réu seja intimado e, conseqüentemente, sem que transite para ele;

b) O réu é intimado no prazo e, efetuada a apelação, o tribunal leva mais de dois anos para julgar, de sorte que a prescrição superveniente ocorre no tribunal;

c) O tribunal julga no prazo de dois anos, mas o julgamento não é unânime, cabendo recurso que não interrompe a prescrição e nesse prazo expiram-se os dois anos, prescrevendo.

O termo inicial da prescrição será a data da publicação da sentença recorrível, sendo que esta será considerada segundo o momento em que o Juiz entregar a decisão ao cartório para a publicação, pois o réu não poderá ser prejudicado por eventual desídia cartorária.

O STJ evidencia a ocorrência da prescrição superveniente, conforme as seguintes ementas:

EMENTA: HABEAS CORPUS. ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL. PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Paciente condenado como incurso nas sanções do art. 171, § 3º, do Código Penal à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

2. Transitada em julgado a sentença para o Ministério Público, o prazo prescricional, a teor do disposto nos arts. 110, § 1º, e 109, inciso IV, do Código Penal, é de 8 (oito) anos.

3. Na hipótese, houve o transcurso do lapso prescricional, tendo em vista que, entre a data da publicação da sentença condenatória (27/2/1998), último marco interruptivo, e a sessão de julgamento dos embargos pelo Tribunal de origem (9/5/2006), transcorreram mais de 8 (oito) anos.

4. Ordem concedida para declarar a extinção da punibilidade quanto ao crime imputado ao paciente, pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, nos termos do art. 107, inciso IV, c/c 110, § 1º, e 109, inciso IV, do Código Penal, e, por conseguinte, determinar a imediata expedição de alvará de soltura. **(STJ - HC 62.315/SP, Rel. Ministro**

⁸⁸ DÓRO, Tereza N. R. **MANUAL PRÁTICO DE PROCESSO PENAL**. 3. ed. Campinas, SP: Copa Livros, 1994, p.189.

ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 26.09.2006, DJ 16.10.2006 p. 414).

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE. INOCORRÊNCIA. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. PARÂMETRO PARA A CONTAGEM É A PENA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. REDUÇÃO DA PENA EM APELAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. IRRELEVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL DA ACUSAÇÃO. PENDÊNCIA. REDUÇÃO DA PENA PASSÍVEL DE MODIFICAÇÃO.

1. A “pena aplicada” a que se refere o § 1o do artigo 110 é a pena da sentença condenatória, e não de eventual acórdão que reduza a pena em grau de apelação, mormente se ainda se encontra em trâmite Recurso Especial do Ministério Público.

2. Ordem denegada.

(STJ - HC 53.351/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24.04.2007, DJ 11.06.2007 p. 379).

2.2.1.3 Prescrição retroativa

A prescrição retroativa é uma segunda espécie de prescrição da pretensão punitiva e tendo o seu prazo também regulado pela pena aplicada na decisão condenatória e não na pena em abstrato. Conta-se o prazo para o passado, da decisão de 1ª ou 2ª instância à data em que foi recebida a denúncia ou queixa ou desta aos fatos. A origem é a mesma da superveniente, já explicitada acima.⁸⁹

Damásio ensina que desde que transitada em julgado para a acusação ou improvido seu recurso verifica-se o quantum da pena imposta na sentença condenatória, a seguir adequa-se tal prazo num dos incisos do artigo 109 do CP. Encontrando o respectivo período prescricional, procura-se encaixa-lo entre dois pólos: data do termo inicial de acordo com o art. 111 e a do recebimento da denúncia ou queixa, ou entre esta e a publicação da sentença condenatória. Assim por exemplo se o prazo prescricional couber, contando retroativamente, entre a data em que a sentença condenatória foi publicada e

⁸⁹ DAMÁSIO Apud PEIXE, Marildo. Prescrição penal: extinção da pretensão punitiva e pretensão executória. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=966>>. Acesso em: 16 maio 2008.

data em que houve o recebimento da denúncia, caberá a extinção da punibilidade nos termos do art. 110, § 2º do CP.⁹⁰

A nova Parte Geral do CP admite a prescrição retroativa, sendo regulada no artigo 110, § 2º CP da seguinte forma:

Art. 110 A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 2º A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.⁹¹

A prescrição retroativa muito se assemelha à superveniente, diferindo apenas quanto a forma de realizar a contagem do prazo prescricional, uma vez que a superveniente o prazo é contado (para frente) entre a sentença e seu trânsito final, e retroativa a contagem pode ser feita (para frente) entre a consumação do crime e o recebimento da denúncia, ou entre este e a sentença condenatória.

Infere-se, então, que para o cálculo da prescrição retroativa, é necessário existir uma condenação que fixe a pena, pois será essa quantidade que irá determinar o cálculo prescricional.

Existe um ponto polêmico no tange ao reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, sua incidência iniciou nos Tribunais de alçada do Estado de São Paulo, gerando enorme divergência jurisprudencial.

Existem duas correntes jurisprudenciais, uma desfavorável ao reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, apresenta seus argumentos a serem ponderados: a) o reconhecimento da prescrição, antes de concluída a instrução, impede a prova de inocência pretendida pelo réu; b) presumir pena antes da instrução criminal assemelha-se à presunção de culpa, sem que tenha havido o devido processo legal; c) não há que se falar em prescrição pela pena em concreto, se ainda é possível à acusação a interposição de recurso que busque a majoração da pena; d) a admissão da

⁹⁰ DAMÁSIO Apud PEIXE, Marildo. Prescrição penal: extinção da pretensão punitiva e pretensão executória. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=966>>. Acesso em: 16 maio 2008.

⁹¹ BRASIL. Código Penal - Vademecum acadêmico de direito. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

analogia, que consiste em estender a incidência da norma a uma hipótese por ela não prevista.

Corroborando nesse sentido Damásio de Jesus afirma: “a declaração da extinção da punibilidade pela prescrição retroativa pressupõe a existência de uma sentença condenatória. Em face disso, não pode ser reconhecida antes da condenação.”⁹²

Em contrapartida a corrente favorável ao reconhecimento antecipado da prescrição retroativa que sustenta o lapso prescricional a ser considerado, desde o início, o que toma por base a pena que será aplicada, caso haja condenação.

Além de presumir o quantum da pena, essa corrente busca com base no fundamento político-criminal, manifesto pelo desinteresse do Estado em movimentar toda a máquina na persecução punitiva para, ao final, perceber que esta extinta a punibilidade.

Essa corrente gera vários efeitos positivos a serem listados:

a) auxilia a administração da Justiça, que se encontra sobrecarregada de processos; b) propicia a economia de recursos humanos e materiais; c) evita o desgaste judicial provocado pela ineficácia das decisões; d) elimina os injustos efeitos, provocados pela condenação possivelmente injusta.

2.2.2 Prescrição da pretensão executória

Após o trânsito em julgado a sentença condenatória o Estado torna-se o titular da pretensão executória. Enquanto o prazo prescricional da pretensão punitiva é determinado pelo máximo da pena privativa de liberdade e cominado abstratamente no tipo penal, na prescrição executória a contagem do prazo se faz através do montante da pena imposta na sentença condenatória, ambos estabelecidos no art. 109 do CP.

A prescrição da pretensão executória esta regulada no caput do art. 110 do CP e se verifica da seguinte forma:

⁹² JESUS, Damásio Evangelista de. **Prescrição penal**. São Paulo: Saraiva, 1997. p.144/145.

Art. 110 A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.⁹³

De acordo com Mesquita Junior:

A prescrição da pretensão executória começa quando a sentença torna-se irrecorrível, tomando por base a pena aplicada, Os prazos são os do art. 109 do CP, os quais se sujeitam às causas de aumento e diminuição, a saber, idade, suspensão, interrupção e outras que outras [...].⁹⁴

Ocorrendo esse tipo de prescrição, o réu não cumprirá a pena imposta, mas todos os demais efeitos da condenação peristem.

Cabe salientar que na hipótese de ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, extingue-se a punibilidade, afastando-se todos os efeitos, principais e secundários, penais e extrapenais, da condenação. Na prescrição da pretensão executória ocorre de forma inversa, afasta-se somente a pena principal, subsistindo os demais efeitos condenatórios. Desta forma, caso, no futuro, o beneficiado pela prescrição venha a cometer novo crime, o mesmo será considerado reincidente.

Segundo Mesquita Junior:

È reincidente quem pratica novo crime após uma condenação. A reincidência provoca o aumento do prazo da prescrição do crime constante da sentença que declarou o réu reincidente, Também, interromperá o prazo da prescrição da pretensão executória dos delitos praticados anteriormente.⁹⁵

Ressalte-se que a concretização da reincidência deverá ser decalcada na sentença, caso contrário, o prazo da prescrição não estará sujeito à dilação prevista no caput do art. do CP. Podemos concluir que o indivíduo que volta a ser condenado pela mesma conduta delituosa, não se justifica que cesse o *jus puniendi* do Estado.

Os termos iniciais da prescrição executória estão no art. 112 do CP e merecem comentários.

“Art. 112 No caso do artigo 110 deste Código, a prescrição começa a correr:”

⁹³ BRASIL. Código Penal - Vademecum acadêmico de direito. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

⁹⁴ JUNIOR, Sidio Rosa de Mesquita. **PRESCRIÇÃO PENAL**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.133.

⁹⁵ Ibid., p.143.

I – do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;

II – do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.⁹⁶

No inciso primeiro embora se diga que a prescrição começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para o Ministério Público, na realidade significa que a contagem do prazo se faz a partir da data desse trânsito, mas para que assim se possa fazer é necessário que tenha havido trânsito para o réu, caso isso não ocorram estaremos falando de prescrição punitiva e não executória.⁹⁷

⁹⁶ BRASIL. Código Penal - Vademecum acadêmico de direito. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

⁹⁷ DÓRO, Tereza N. R. **MANUAL PRÁTICO DE PROCESSO PENAL**. 3. ed. Campinas, SP: Copa Livros, 1994, p.199.

3 PRESCRIÇÃO PENAL MILITAR

Antes de fazer um estudo detalhado das espécies da Prescrição Penal Militar necessário se faz abordar as teorias que explicam esse instituto.

3.1 Generalidades

A prescrição é uma das formas de extinção da punibilidade descritas no art. 123, inciso IV do Código penal militar, sendo a única que se opera pelo decurso do tempo.

Inúmeras são as teorias que explicam esse importante instituto jurídico sob o aspecto político-penal, como com o fluir do tempo, as dificuldades de reunir-se provas do crime capazes de justificar uma pena justa para seu autor (teoria da prova); a presunção de emenda do criminoso, que não mais delinqüiu (teoria da emenda); os remorsos e os temores do criminoso de se ver processado a qualquer momento atuando como um verdadeiro substitutivo da pena (teoria da expiação moral); o olvido do crime, cuja punição não mais atenderia à sua finalidade de vivo escarmento público (teoria do esquecimento) e outras mais.⁹⁸

Contudo, a teoria que mais se enquadrou ao *ius positum* foi a conhecida como da analogia civilista, segundo a qual a prescrição é uma penalidade cominada à inércia ou negligência do titular de um direito que, no caso do direito penal militar, é o Estado incumbido da reação penal através do Ministério Público. Não provada a negligência do órgão estatal, desaparece a prescrição.⁹⁹

No direito penal militar não há como confundir a prescrição com a decadência, que também ocorre com o decurso do tempo. A decadência não é considerada causa de extinção da punibilidade, uma vez que, ela apenas impede, preclui, a substituição do Ministério Público pelo ofendido, seus

⁹⁸ ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de direito penal militar: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.298.

⁹⁹ *Ibid.*, p.299.

representantes legais e sucessores, no exercício do *ius accusationis* (ação penal privada subsidiária), não afetando o *ius puniendi* do Estado a consumação da decadência.¹⁰⁰

3.2 Juízo competente para a decretação da prescrição

Pode-se verificar que no direito penal militar, o juízo competente para a decretação da prescrição, é analisado pontualmente, caso a caso, sem existir uma regra fixa, podendo ser encontrado na prescrição da pretensão punitiva, onde o juiz auditor a decreta, desde que a punibilidade tenha sido atingida antes da promulgação da sentença condenatória, ou, mesmo que posterior, quando o condenado não está preso em penitenciária.

Cabe ressaltar, que o juiz auditor será competente unicamente para a execução das penas que não ultrapassem dois anos, pois o militar que for condenado à pena privativa de liberdade por prazo superior a dois anos deverá cumprir a pena em penitenciária.¹⁰¹

O juiz auditor esgota a jurisdição com a prolação da sentença penal condenatória, sendo que após a publicação da decisão não poderá inovar sobre os fatos, conseqüentemente, ele não poderá declarar a extinção da punibilidade. Todavia, pode ocorrer do juiz prolator ser o mesmo da execução da o segundo juízo competente para decretação da prescrição, do juiz prolator da decisão, ter competência para a execução da pena, o que lhe autoriza a declarar a extinção da punibilidade do crime, uma vez que atuará como juiz da execução.¹⁰²

Conforme disciplina o art. 588 do CPPM compete a execução da pena ao juiz auditor por onde correu o processo, sendo o juiz da execução o mesmo da ação. Por outro lado, nos crimes militares de competência originária do STM, a competência será do Presidente do Tribunal.¹⁰³

¹⁰⁰ ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de direito penal militar: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.299.

¹⁰¹ CPPM, art. 1595, letras a e b.

¹⁰² JUNIOR, Sidio Rosa de Mesquita. **PRESCRIÇÃO PENAL**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 180.

¹⁰³ CPPM, art. 588.

3.3 As espécies de prescrição previstas no Código Penal Militar

No Código Penal Comum, embora sejam duas as espécies, a prescrição pode ocorrer de quatro formas diferentes e que são perfeitamente descritas nos arts. 109 e 110 do Código Penal: 1º) prescrição da pretensão punitiva ou da ação, que está no art. 109; 2º) prescrição subsequente ou superveniente ou intercorrente à sentença condenatória, prevista no § 1º do art. 110, c.c. o art. 109; 3º) prescrição retroativa, prevista nos §§ 1º e 2º do art. 110 c.c. o art. 109 e 4º) prescrição da pretensão executória ou da condenação, prevista no art. 110, *caput*. As três primeiras pertencem à espécie da prescrição da pretensão punitiva, e a última forma, pertence a espécie da prescrição da pretensão executória.¹⁰⁴

Da mesma forma, no Código Penal Militar existem duas espécies de prescrição penal: prescrição da pretensão punitiva (impropriamente chamada de prescrição da ação) e, prescrição da pretensão executória (também chamada de prescrição da condenação).¹⁰⁵

Segundo o entendimento de José Frederico Marques, a distinção entre as espécies de prescrição deve ser da seguinte forma:

[...] antes de transitar em julgado a sentença final, o que prescreve é o direito de punir que diz respeito à pretensão de aplicar o preceito sancionador e ainda abstrato; transitando em julgado a sentença condenatória, o que prescreve é o direito de aplicar a sanção constante, in concreto, no título penal executório. Daí falar-se em prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória.¹⁰⁶

No entendimento dos doutrinadores Cícero Coimbra Neves e Marcello Streifinger:

Prescrição penal pode ser entendida como a perda do *jus puniendi* (ou do *jus punitivis*, no caso de incidir sobre a pretensão executória da pena) do Estado em razão de sua inércia em satisfazê-la durante os prazos estipulados pela lei.¹⁰⁷

¹⁰⁴ ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar** – Parte Geral. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p.259.

¹⁰⁵ MARQUES, José Frederico. Apud ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar** – Parte Geral. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p.256.

¹⁰⁶ ASSIS, op. cit, p.256.

¹⁰⁷ NEVES, Cícero Robson Coimbra, STREIFINGER, Marcello. **Apontamentos de direito penal militar**. vol 1: (Parte geral). São Paulo: Saraiva, 2005, p.252.

3.4 Prescrição da Pretensão Punitiva

A prescrição da pretensão punitiva é regulada no CPM por duas maneiras: pela pena em abstrato, considerando o máximo da pena cominada ao crime, e pela pena em concreto, que é a imposta pela sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, ou melhor, que tenha transitado em julgado para a acusação.

No Direito Penal Militar, não há dificuldade quanto a se identificar a prescrição da ação penal, que é o art. 125, *caput* e seus incisos I a VII, regulando-se pela pena *in abstrato*, e no §1º do art. 125, estão incluídas a prescrição intercorrente e a prescrição retroativa, ambas regulando-se pela pena *in concreto*.

3.4.1 Prescrição pela pena *in abstrato*

A prescrição pela pena em abstrato é uma espécie da pretensão punitiva e ocorre no decurso do tempo compreendido entre a data do fato e o recebimento da denúncia, ou entre esta última data e a da prolação da sentença condenatória recorrível. Caso esse lapso temporal for maior ou igual a aquele correspondente à prescrição do crime cometido, conforme consta no art. 125, *caput*, do CPM, extingue-se a pretensão punitiva do Estado.¹⁰⁸

Para Jorge César de Assis:

Trata-se, no *caput* do art. 125 e seu incisos, da prescrição pela pena *in abstrato*. Tal modalidade é prescrição da própria pretensão punitiva do Estado. Com ela fica extinta a própria pretensão do Estado em obter uma decisão a respeito do crime. Não implica responsabilidade ou culpabilidade do agente, não lhe marca os antecedentes.¹⁰⁹

Essa modalidade de prescrição considera o máximo da pena cominada abstratamente ao crime para os fins do art. 125 do CPM. Tal determinação legal se justifica na medida em que, não estando concluída ainda a ação penal, não é possível analisar quais as agravantes, atenuantes e outros fatores

¹⁰⁸ CRUZ, Ione de Souza, MIGUEL, Cláudio Amim. **Elementos de Direito Penal Militar – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p.221.

¹⁰⁹ ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar – Parte Geral**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p.258.

modificativos do *quantum* mínimo da pena que poderia ser aplicado. Nesse diapasão optou o legislador, segundo os preceitos de generalidade e universalidade inerentes a qualquer norma, por aplicar o máximo da pena cominada para integrar esse cálculo, permitindo assim, que quaisquer situações consideráveis estariam já previstas nesse tipo de prescrição de pretensão punitiva.¹¹⁰

Ressalta, Sidio Rosa:

A prescrição da pretensão punitiva é regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, tendo os mesmos prazos da lei penal comum. Entretanto, para pena de morte, o lapso prescricional será de 30 anos.¹¹¹

Confira-se a propósito a reiterada jurisprudência dos Tribunais de Justiça Militar de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul:

Ementa: Prescrição. Data em que o crime se consumou. Data da instauração do processo. Pena máxima, *in abstracto*, cominada ao crime. Vencimento do prazo prescricional fixado na lei. Extinção da punibilidade. Decai o Estado do seu direito de promover a ação penal, quando da data em que ocorreu o fato o fato criminoso até a instauração da ação penal, já transcorreu tempo superior àquele fixado na lei para operar-se a prescrição.

Prescrito o direito estatal à pretensão punitiva, fica extinta a punibilidade.

Nos processos de competência originária do Tribunal Militar cabe ao Plenário decretar a extinção da punibilidade. Decisão unânime. **(TJM/MG – Processo de Competência Originária do TJM 7 – Rel. Juiz Dr. Luís Marcelo Inacarato – J. em 22.12.1994 – Ementário de Jurisprudência 1993-1995, p. 147)**¹¹²

Ementa: É válido, para comprovar a materialidade das lesões, o auto de exame de corpo de delito realizado cinco meses depois dos fatos, máxime quando ratifica as lesões atestadas por um médico, em seguida à ocorrência, e pelas testemunhas ouvidas em juízo.

Comprovadas as lesões na vítima e admitidas, indiretamente, a autoria e a culpabilidade do apelante pelo fato, deve ser mantida a sentença condenatória de primeiro grau, pelo art. 209 caput, do CP Militar.

Decorridos mais de dois anos entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória de três meses de detenção, declara-se a prescrição da ação penal, na forma do art. 125, inc. VII, e § 1º, do CP Militar. **(TJM/RS – Ap. Crim. 2.923/96 – Rel. Juiz Cel.**

¹¹⁰ CRUZ, Ione de Souza, MIGUEL, Cláudio Amim. **Elementos de Direito Penal Militar – Parte Geral.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p.223.

¹¹¹ JÚNIOR, Sidio Rosa de Mesquita. **Prescrição Penal.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.181.

¹¹² ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar – Parte Geral.** 4. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p.260.

3.4.2 Prescrição pela pena *in concreto*

O §1º do art. 125 do CPM admite duas formas de prescrição pela pena *in concreto*: a intercorrente e a retroativa.

Jorge César de Assis destaca que o §1º do art. 125 do CPM, trata da superveniência da sentença condenatória, da qual, somente o réu tenha recorrido, contrariamente ao disposto no art. 110, §§ 1º e 2º do CP comum, que falam em sentença condenatória transitada em julgado e, transitada em julgado para a acusação ou que teve o recurso desta improvido.¹¹⁴

A primeira, denominada prescrição intercorrente, pode se configurar no decurso de tempo compreendido entre a sentença condenatória recorrível e o trânsito em julgado. Desse modo, se no julgamento dos recursos ajuizados após a prolação da sentença condenatória transcorrer lapso temporal superior ao correspondente aquele fixado no art. 125 do CPM, e em relação à pena *in concreto* – necessário para a extinção da pretensão punitiva, esta ocorrerá segundo a modalidade de prescrição intercorrente.¹¹⁵

Nos termos do §1º do art. 125 do CPM, mesmo que a sentença tenha sido condenatória, ela ainda não chegou a se tornar definitiva, pois houve recurso, isto é, ela ainda não passou em julgado para ambas as partes. Portanto não se trata de prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória, mas sim de prescrição verificada antes desse trânsito em julgado, com efeito de extinguir a própria pretensão punitiva do Estado.¹¹⁶

Para melhor compreensão mister é o exemplo de um militar condenado, em sentença ainda recorrível, à pena de seis meses de detenção por lesão corporal leve, caso o órgão do Ministério Público Militar não venha a

¹¹³ ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar** – Parte Geral. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p.260.

¹¹⁴ Ibid., p.260.

¹¹⁵ CRUZ, Ione de Souza, MIGUEL, Cláudio Amim. **Elementos de Direito Penal Militar** – Parte Geral. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p.222.

¹¹⁶ ASSIS, op. cit, p.260.

apelar, e decorrendo dois anos até que o recurso defensivo seja julgado, caracterizar-se-á a prescrição intercorrente.

Confira-se a jurisprudência do STJ:

Processual Penal Militar. Recurso Especial. Extinção da punibilidade. Prescrição Intercorrente. Decretação em preliminar. Recurso julgado prejudicado.

I – Transcorridos bem mais de 02 anos desde a sentença condenatória até a presente data, declara-se extinta a punibilidade dos réus em face da prescrição intercorrente, prejudicado o exame do mérito do recurso, os termos do art. 125, inc. VII, § 1º e 3º, todos do CPM.

II – Declarada a extinção da punibilidade dos recorrentes e recurso especial julgado prejudicado.

Unânime. (STJ – Resp. 126.119-MG – Rel. Min. Gilson Dipp – J. em 09.05.2000 – DJU 05.06.2000, p. 190)¹¹⁷

A segunda hipótese refere-se à prescrição retroativa, que da mesma forma que a prescrição intercorrente, se baseia na pena fixada em concreto pela sentença condenatória. No entanto, a prescrição retroativa tem uma diferença fundamental, o prazo não é contado para frente como na intercorrente, mas sim, para trás, até a última causa de interrupção, que é o recebimento da denúncia, contrastando com as regras do direito penal comum, que admite o regresso até a data anterior ao recebimento da denúncia, que seria o dia do fato.¹¹⁸

Corroborando com esse pensamento os doutrinadores Ione de Souza e Cláudio Amin, destacam que essa espécie de prescrição, que atinge a pretensão punitiva, somente pode sobrevir quando houver sentença condenatória recorrível, diferenciando-se da modalidade intercorrente em razão do termo inicial do lapso temporal considerando que, naquele caso, é o recebimento da denúncia. Sublinhe-se que no direito penal comum é admitido que o marco inicial para o cálculo da prescrição retroaja até a data do fato, conforme o disposto no art. 110, §2º do CP.¹¹⁹

¹¹⁷ ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar** – Parte Geral. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2003, p.262.

¹¹⁸ Ibid., p 261.

¹¹⁹ CRUZ, Ione de Souza, MIGUEL, Cláudio Amin. **Elementos de Direito Penal Militar** – Parte Geral. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p.222.

Segundo Jorge César de Assis, são pressupostos essenciais para o reconhecimento da prescrição retroativa, considerando a pena *in concreto*:¹²⁰

1) a prolação de sentença condenatória recorrível,

2) a interposição de recurso somente pela defesa (em caso de apelação interposta pelo *Parquet*, o recurso não poderá versar acerca do *quantum* da pena),

3) trânsito em julgado da sentença para o Ministério Público.

No processo penal militar, para o compute do prazo prescricional, utiliza-se da data da sentença à data do recebimento da denúncia. De forma diversa do texto penal comum, que não indica, explícita o implicitamente, necessidade de o réu apelar, esta condição é essencial no direito penal militar, que assim o fez de forma expressa no § 1º do art. 125 do CPM.¹²¹

Ressalte-se as jurisprudências do STJ, Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo e STM:

Emenda: Penal.Processual. Prescrição retroativa. Réu maior de setenta anos.

1. Em virtude do trânsito em julgado para a acusação, a prescrição passou a ser contada pela pena *in concreto*, ficando reduzida à metade, já que, à época da sentença, o réu já era maior de setenta anos. 2. Transcurso do lapso prescricional ente a data do recebimento da denúncia e a prolação da sentença. 3. Ordem de **habeas corpus** deferida, para declarar extinta a punibilidade do paciente. (STJ – 5ª Turma – HC 12.061 – Rel. Min. Edson Vidigal – J. em 13.11.2000 – DJU 11.12.2000)¹²²

Emenda: Prescrição retroativa. Trânsito em julgado para a acusação. Autoria e materialidade suficientes. Manutenção da condenação. Evidencia-se a extinção da punibilidade, pela ocorrência de prescrição retroativa, mercê da pena fixada na sentença, transitada em julgado para o Ministério Público, se superado o lapso prescricional entre o recebimento da inicial e a publicação do decisório. Possibilitada a análise do mérito, se as declarações da vítima e das testemunhas corroboram a autoria e materialidade, deve ser improvido o apelo defensivo. Unânime. (TJM/SP – Ap. 4.052/94 – Rel. Juiz Dr. Evanir Ferreira Castilhos – J. em 08.11.1994)¹²³

¹²⁰ ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar – Parte Geral.** 4 ed. Curitiba: Juruá, 2003, p.260.

¹²¹ *Ibid.*, p.261.

¹²² *Ibid.*, p.263.

¹²³ ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar – Parte Geral.** 4. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p.263.

Ementa: Recurso criminal. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva retroativa, pela pena "in concreto". Prescrição – ocorrência – trânsito em julgado para ambas as partes. Juízo de execução. Matéria de ordem pública – mesmo não alegada, deve ser declarada de ofício. Art. 123, inc. IV, c.c. o art. 125, inc. VI, e seu § 2º, alínea "c", e § 5º, inc. I, tudo do CPM. Manutenção da decisão do Juízo de Execução. Decisão unânime. **(STM – Recurso criminal 2005.01.007249-2-PE – Rel Min. Carlos Alberto Marques Soares – J. em 12.05.2005 – DJU 08.06.2005)**¹²⁴

3.5 Prescrição da Pretensão Executória

A prescrição da pretensão executória da pena prevista no art. 126 do CPM, esta baseada na pena *in concreto*, aplicada ao condenado, tendo por termo inicial o *dies* previsto nas letras "a" e "b" do § 1º deste artigo.¹²⁵

O Código Penal dispõe da seguinte forma sobre o termo inicial da prescrição executória:

Art. 126. A prescrição da execução da pena privativa de liberdade ou da medida de segurança que a substitui (artigo 113) regula-se pelo tempo fixado na sentença e verifica-se nos mesmos prazos estabelecidos no artigo 125, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é criminoso habitual ou por tendência.

§ 1º Começa a correr a prescrição:

a) do dia em que passa em julgado a sentença condenatória ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;

b) do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.¹²⁶

O termo inicial será o trânsito em julgado da sentença condenatória, e o termo final será o início do cumprimento da pena ou da medida de segurança.

Para melhor compreensão é indispensável abordar a hipótese de alguém restar condenado à pena de seis meses de detenção por crime militar, essa pena estará prescrita caso não seja iniciado seu cumprimento em dois anos. Ter-se-ia operado a prescrição da pretensão executória.¹²⁷

¹²⁴ Ibid., p. 263-264.

¹²⁵ Ibid., p. 267.

¹²⁶ BRASIL. Código Penal Militar - Vademecum acadêmico de direito. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007

¹²⁷ CRUZ, Ione de Souza, MIGUEL, Cláudio Amim. **Elementos de Direito Penal Militar** – Parte Geral. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p.226.

O Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais se manifestou a respeito da prescrição da pretensão executória nos seguinte julgados:

Ementa: Prescrição da pretensão executória. Desaparecimento do direito de execução. Na prescrição da pretensão executória desapareceu o direito de execução, persistindo os demais efeitos da sentença condenatória. Decisão unânime. (TJM/MG – Ap. 1.941 – Rel Juiz Cel. PM Paulo Duarte Pereira – J. em 09.04.1996 – O Minas Gerais, 23.04.1996)¹²⁸

Ementa: Prescrição da pretensão executória. Extinção da punibilidade. Transcorrido o prazo da pretensão executória, nos termos dos arts. 125 e 126 do Código Penal Militar, declara-se extinta a punibilidade. Decisão unânime. (TJM/MG – Ap. 1.384 – Rel. Juiz Cel. Pm Jair Caçado Coutinho – J. em 19.05.1998 – O Minas Gerais, 09.06.1998)¹²⁹

Ementa: Hábeas corpus. Revogação do “sursis”. Prescrição da pena. Inocorrência. Denegação. Começa a correr a prescrição, inexistindo o lapso temporal para a sua efetivação, no dia em que transita em julgado a decisão revogatória da suspensão condicional da pena. Unânime. (TJM/MG – Rel. Juiz Cel. PM Paulo Duarte Pereira – J. em 10.05.2001 – O Minas Gerais, 29.05.2001)¹³⁰

No mesmo artigo são enumeradas outras duas circunstâncias da prescrição pretensão executória, a primeira hipótese ocorre no § 2º deste artigo:

§ 2º No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento ou desinternação condicionais, a prescrição se regula pelo restante tempo da execução.

No caso de evasão do preso, conforme o inciso, a prescrição é calculada tendo como base o restante da pena a cumprir. Exemplificando, se um condenado por crime militar a três anos de reclusão, o preso evadir-se após o cumprimento de dois anos, permanecendo por quatro anos ausente, será beneficiado pela prescrição da pretensão executória, visto que a prescrição se calculada sobre um ano, que vem a ser o restante da pena.¹³¹

Finalmente, nos termos do § 3º do art. 126, o curso da prescrição da execução da pena suspende-se enquanto o condenado estiver preso por outro motivo, determinando um lapso na contagem do prazo, que continuará a correr

¹²⁸ ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar** – Parte Geral. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2003, p.267.

¹²⁹ Ibid., p.268.

¹³⁰ Ibid., p.268.

¹³¹ CRUZ, Ione de Souza, MIGUEL, Cláudio Amim. **Elementos de Direito Penal Militar** – Parte Geral. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p.226.

pelo tempo restante após a cessação da causa verificada; e interrompe-se pelo início ou a continuação do cumprimento da pena, ou pela reincidência, cessando a causa, reinicia-se a contagem.¹³²

¹³² ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar** – Parte Geral. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p.267.

4. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI PENAL COMUM AO DIREITO PENAL MILITAR

O art. 12 do Código Penal, com a redação dada pela Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, que modificou a parte geral do Código Penal Brasileiro, se apresenta como um dos exemplos da aplicação subsidiária.

A redação do art. 12 é a seguinte:¹³³

Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.

Tal dispositivo constava da parte revogada do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940), com idêntica redação; a matéria também não foi estranha ao Código penal de 1890, em seu artigo 6º, e bem assim, nas Consolidações das Leis Penais, de 1917, em seu artigo 7º, e na de 1932 aprovada e adotada pelo Decreto 22.213, de 14 de dezembro de 1932, no artigo 6º.¹³⁴

Tanto a “parte especial” como as “disposições finais”, do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei 2.848) permaneceram intactos após a vigência da Lei 7.209, de 11 julho de 1984. Desta última (disposições finais) importante citar o artigo 360 que dispõe:¹³⁵

Art. 360. Ressalvada a legislação especial sobre os crimes contra a existência, a segurança e a integridade do Estado e contra a guarda e o emprego da economia popular, os crimes de imprensa e os de falência, os de responsabilidade do Presidente da República e dos Governadores ou Interventores, e os crimes militares, revogam-se as disposições em contrário.

Diante da redação dos artigos 12 e 306 do Código Penal Brasileiro, percebe-se que o legislador nos leva a conceber duas categorias de Direito Penal o “Comum” e o “Especial”, que coexistem.

O Código Penal, pedra angular do sistema jurídico-penal, e as leis penais especiais convivem lado a lado, formando um todo, mesmo quando estas últimas definem as infrações de maneira diversa ou adotem princípios outros em antinomia às regras gerais do primeiro.

¹³³ BRASIL. Código Penal - Vademecum acadêmico de direito. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

¹³⁴ TELLES, Antonio Carlos de Seixas. **REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR**. Brasília, v. 10. n.1, 1988, p.163.

¹³⁵ BRASIL. Código Penal - Vademecum acadêmico de direito. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

Antinomia caracteriza-se pelo conflito aparente de normas, e ocorre quando há mais de um dispositivo regulando determinada matéria, isto é, aparentemente ocorre a incidência de mais de uma norma sobre um mesmo fato, em razão deste fato se amoldar a mais de um tipo penal.¹³⁶

Jorge Severiano Ribeiro e Roberto Lira, estabelecem um critério prático para distinção entre Direito Penal Comum e especial, quando afirmam que o *Direito Penal Comum* é aquele que se aplica indistintamente a todos os que se encontram no território do Estado; enquanto que o *Especial*, é o que se aplica a determinadas pessoas.¹³⁷

Seguindo o mesmo critério adotado, José Frederico Marques, em sua obra Curso de Direito Penal ministra:

Direito Comum e Direito Especial, dentro de nosso sistema político, são categorias que se diversificam em razão do órgão que deve aplicá-los jurisdicionalmente. Este é o melhor critério para uma distinção precisa, pelo menos no que tange ao Direito Penal: se a norma penal objetiva somente se aplica através de órgãos especiais constitucionalmente previstos, tal “*norma agendi*” tem caráter especial; se a sua aplicação não demanda jurisdições próprias, mas se realiza através da justiça comum, sua qualificação será a de norma penal comum.¹³⁸

A regra constante do art. 12 do Código Penal Brasileiro, com a nova redação, dada pela Lei 7.209, de 1984, determina a aplicação de suas regras gerais aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso. Essa aplicação subsidiária do Código Penal Brasileiro, para com as leis especiais, decorre do fato da nossa lei substantiva agasalhar princípios universais e inalteráveis, que são transformados em normas gerais destinadas a regularem tanto sua aplicação, como aquelas que venham a surgir no mundo jurídico penal de caráter especial.¹³⁹

¹³⁶ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p.30.

¹³⁷ RIBEIRO, Jorge Severiano, LIRA, Roberto Apud TELLES, Antonio Carlos de Seixas. **REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR**. Brasília, v. 10. n.1, 1988, p.165.

¹³⁸ MARQUES, José Frederico Apud TELLES, Antonio Carlos de Seixas. **REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR**. Brasília, v. 10. n.1, 1988, p.165.

¹³⁹ TELLES, Antonio Carlos de Seixas. **REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR**. Brasília, v. 10. n.1, 1988, p.166.

O ordenamento, ora examinado dá um caráter de universalidade ao estatuto penal e do ponto de vista prático tem por objetivo evitar que, a cada lei especial editada, o legislador incluísse no bojo das mesmas, aqueles princípios gerais já adotados pelo Código Penal.

Antonio Carlos Telles descreve-nos as situações que ao examinar uma lei especial pode-se deparar:

1. A lei especial dispõe simplesmente sobre os fatos delituosos, sem qualquer referência às regras gerais;
2. Ou prescrevendo sobre elas, prevê de maneira diversa sobre tais regras.

No primeiro caso, aplicam-se as referidas regras gerais do Código Penal enquanto que, no segundo a lei especial exclui a aplicação das regras gerais do Código Penal. Essa exclusão deve ser feita **clara, expressa e precisa**. Não dispondo a lei especial dessa maneira, as referidas regras gerais do Código Penal devem ser aplicadas, pois, caso em contrário, a vontade da lei estaria sendo substituída pelo arbítrio do Juiz.¹⁴⁰

No segundo caso, ainda, aquele em que a lei especial exclui as regras gerais do Código Penal, essas não devem ser aplicadas, pois o Juiz estaria criando, formando um direito novo, aplicando extensivamente as regras gerais do Código a casos que a lei especial não cogitou. Infere-se então, que a lei penal deve ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu e extensivamente em caso contrário.¹⁴¹

A aplicação subsidiária do Código Penal ao Código Penal Militar, foi ora debatida, para solucionar a dúvida que residia em saber se, o Juiz ao conceder o perdão judicial absolvía, condenava ou extinguiu a punibilidade do denunciado. O Código Penal de 1940, não dispunha e o militar vigente idem, de regra que orientasse o magistrado na aplicação da norma, somente quando a Lei 7.209 de 11 de julho de 1984, trouxe em seu bojo, no Título VII, da parte geral, ao tratar da Extinção da Punibilidade, regra que, de uma vez por todas, veio a solucionar o problema, tanto na área do direito penal comum, como no

¹⁴⁰ TELLES, Antonio Carlos de Seixas. **REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR**. Brasília, v. 10. n.1, 1988, p.167.

¹⁴¹ Ibid., p.168.

direito penal militar, o inciso IX, do art. 107, extingue-se a punibilidade, pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.¹⁴²

Outro tema bastante polêmico e que merece destaque também, é o que repousa sobre o termo inicial da prescrição retroativa, se pode ser reconhecida a prescrição entre o lapso temporal que medeia entre a data do fato e a do reconhecimento da denúncia.

Essa situação encontra previsão no Código Penal Comum, art. 110, § 2º, porém não vem contemplada expressamente no Código Penal Militar.

Ronaldo Roth tece seu comentário a respeito do tema:

Como a prescrição começa a correr do dia em que se consumou o crime (alínea “a” do § 2º, do art. 125 do CPM), verifica-se que não considerar o tempo que mediou entre a data da consumação do crime e o recebimento da denúncia, foge à razão do instituto da prescrição, que por critérios integrativos do sistema jurídico, devem ser assim considerados. Assim, vejo que se pela interpretação extensiva, em virtude dos conhecidos princípios *ubi eadem ratio ibi legis dispositivo* e *favorabilia sunt amplianda*, odiosa restringenda, seja por analogia, aquela questão encontrou a sua solução positivada na Lei Penal Comum.¹⁴³

Com isso, a prescrição retroativa alcançando o período anterior ao recebimento da denúncia, não prejudica o beneficiado pela lacuna da lei.

Consoante, o entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado em reiteradas decisões interpretando a súmula 146, dando maior amplitude ao artigo 125, § 1º do CPM, para abranger período anterior à última causa interruptiva da prescrição, e permitindo a contagem do prazo prescricional a contar da data do delito até a instauração do processo.¹⁴⁴

Conforme acórdão que se segue:

A prescrição pela pena concretizada, de que trata a Súmula nº 146, retroage, tanto ao período regressivamente contado da sentença condenatória ao despacho de recebimento da denúncia, quanto àquele compreendido entre este e o fato criminoso. Restabelecimento da orientação do Supremo Tribunal, anterior a 1972, que dava interpretação compreensiva à referida Súmula e dela extraía todas as

¹⁴² TELLES, Antonio Carlos de Seixas. **REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR**. Brasília, v. 10. n.1, 1988, p.172.

¹⁴³ ROTH, Ronaldo João. **Temas de Direito Militar**. 1. ed. São Paulo: Suprema Cultural, 2004, p.54.

¹⁴⁴ Jurisprudência Penal Militar (Tribunal Militar – Justiça Militar do Estado). Porto Alegre, 1982, p.402.

conseqüências lógicas. Recurso de Hábeas Corpus, provido. (RHC 53.712 – RJ. DJ de 08/07/76)¹⁴⁵

Por conseguinte, não se faz justo que o prazo prescricional seja contado apenas em fase processual. O CPM prevê no § 5º do art. 125, que a prescrição interrompe-se: I – pela instauração do processo, ficando, conseqüentemente, evidente que se pode contar o prazo prescricional, se for o caso, da data do fato delituoso, ou conforme diz o § 2º, começa a correr: a) do dia em que o crime se consumou.¹⁴⁶

Os Ilustres doutrinadores Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinder, entendem que o § 1º do art. 125 do CPM, versa sobre a forma de contagem de prazo para o cálculo da prescrição, narrando que quando no processo há transito em julgado a acusação, mas a defesa recorre, verifica-se a ocorrência da prescrição retroativa:

Dispõe por fim o § 1º do art. 125 do CPM que, “sobrevindo sentença condenatória, de que somente o réu tenha recorrido, a prescrição passa a regular-se pela pena imposta, e deve ser logo declarada, sem prejuízo do andamento do recurso se, entre a última causa interruptiva do curso da prescrição (§5º) e a sentença, já decorreu tempo suficiente”. Trata-se da chamada prescrição retroativa, segundo a qual, não havendo recurso da acusação, ocorre a prescrição da pretensão punitiva, com fundamento no prazo calculado sobre a pena aplicada, se esse prazo decorreu entre a data do fato e a do recebimento da denúncia (quando efetivamente se instaura o processo penal, portanto, causa de interrupção da prescrição), ou entre esta e a data da sentença condenatória (outra causa de interrupção).¹⁴⁷

Ione de Souza Cruz e Cláudio Amin Miguel quando da exposição da espécie da prescrição retroativa, narram os pressupostos para o cálculo da prescrição, considerando a pena *in concreto*, destacando que essa espécie de prescrição, que atinge a pretensão punitiva, somente pode sobrevir quando houver sentença condenatória recorrível, diferenciando-se da modalidade intercorrente em razão do termo inicial do lapso temporal considerando que, naquele caso, é o recebimento da denúncia:

Sublinhe-se que no Direito Penal comum é admitido que o marco inicial para o cálculo da prescrição retroativa até a data do fato, de

¹⁴⁵ Jurisprudência Penal Militar (Tribunal Militar – Justiça Militar do Estado). Porto Alegre, 1982, p.402.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p.402.

¹⁴⁷ NEVES, Cícero Robson Coimbra, STREIFINGER, Marcello. **Apontamentos de direito penal militar**. Vol 1: (Parte geral). São Paulo: Saraiva, 2005, p.254.

acordo com o disposto no art. 110, § 2º, do CP. Entendemos que nada obsta o reconhecimento dessa espécie de prescrição.¹⁴⁸

A possibilidade do reconhecimento da prescrição retroativa alcançando o período anterior ao recebimento da denúncia, vem amparada pela jurisprudência do STM, conforme verificada na ementa a seguir:

EMENTA. EMBARGOS. ART. 251 DO CPM. INDENIZAÇÃO DE TRANSPORTE.

O lapso de tempo a ser considerado retroativamente para a declaração da prescrição punitiva pela pena em concreto pode ser qualquer um dos que medeiam duas causas interruptíveis da prescrição e, por analogia com o direito penal comum, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia (art. 110, § 2º, do CP). Na hipótese, o tempo decorrido entre a data do fato delituoso e o recebimento da denúncia é superior ao prazo prescricional. No mérito, as circunstâncias de o Embargante não ter se transferido para a localidade declarada para fins de recebimento de indenização de transporte, não ter comunicado tal desistência à Administração Militar e não ter restituído o numerário indevidamente recebido, reveladas no exame retrospectivo dos fatos, comprovam a intenção ab initio de induzir a Administração Militar a erro com o fim de auferir a vantagem ilícita. Embargos Infringentes do Julgado rejeitados, por maioria, e, de ofício, à unanimidade, declarada extinta a punibilidade do crime pela prescrição da pretensão punitiva, a teor do art. 123, inciso IV, c/c o art. 125, inciso VI, e § 1º, do CPM. (Acórdão: 2001.01.048725-9 UF: RS Decisão: 20/06/2002, Proc: Embfo – EMBARGOS (FO) Cód. 160; Data da Publicação: 16/09/2002 Vol: Veiculo: DJ, Ministro Relator: JOSÉ JULIO PEDROSA, Ministro Revisor: FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH)¹⁴⁹

O Ministro Relator José Julio Pedrosa, em seu voto no aludido julgado, asseverou a utilização do prazo prescricional com data anterior ao recebimento da denúncia, fazendo as seguintes considerações doutrinárias e jurisprudenciais:¹⁵⁰

Ensina Jorge Alberto Romeiro, in “Curso de Direito Penal Militar”, Ed. Saraiva, 1994, págs. 307/308, que o lapso de tempo a ser considerado retroativamente para a declaração da prescrição punitiva pela pena em concreto pode ser qualquer um dos que medeiam duas causas interruptíveis da prescrição e, por analogia com o direito penal comum, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia (art. 110, § 2º, do CP).

Assim tem sido entendido no Direito Penal comum, como mostra o seguinte trecho da ementa do *Hábeas Corpus* nº 9.299/SP, julgado

¹⁴⁸ CRUZ, Ione de Souza, MIGUEL, Cláudio Amim. **Elementos de Direito Penal Militar – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p.222-223.

¹⁴⁹ Ibid., p.225.

¹⁵⁰ BRASIL, Superior Tribunal Militar. Embargos (FO) nº 2001.01.048725-9. Embargante: JÚLIO CÂNDIDO CRUZ, SO Era RRm. Embargado: O Acórdão do Superior Tribunal Militar, de 28.08.2001. Relator: Ministro JOSÉ JULIO PEDROSA. Brasília, DF, 20 de junho de 2002. Disponível em: <http://www.stm.gov.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 15 maio 2008.

no Superior Tribunal de Justiça, sendo Relator o Eminentíssimo Ministro VICENTE LEAL, *in verbis*:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL. CAUSA INTERRUPTIVA.

- A prescrição penal retroativa, espécie regulada pelo quantum da pena fixada na sentença condenatória recorrível, transitada em julgado para a acusação, ocorre com o decurso do prazo entre a data da consumação do delito e a do recebimento da denúncia, ou entre esta e a da sentença condenatória. (DJU de 30/08/99).

E também no Direito Penal Militar, conforme o trecho de ementa a seguir, da Apelação nº 47.207-0/RJ, julgada no Superior Tribunal Militar, sendo Relator o Eminentíssimo Ministro ALDO DA SILVA FAGUNDES, *in verbis*:

- Lesões Corporais Culposas. [...] Fixada a pena no mínimo legal é de reconhecer-se a ocorrência da prescrição da ação penal, pois entre a data do fato e o recebimento da denúncia decorreu lapso de tempo superior a dois anos (Art. 125, VII, parágrafo primeiro, do CPM). (DJU de 06/09/94).

Em outro julgado do mesmo Superior Tribunal Militar, mostra-se explícito o reconhecimento da prescrição por termo inicial anterior ao recebimento da denúncia, por sua relevância, segue a transcrição:

EMENTA: RECURSO CRIMINAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RETROATIVA. DATA DO FATO.

1. Recorrente condenado, de forma definitiva, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, pela prática de crime contra o sistema previdenciário militar.
2. Consumação do delito mais de 4 (quatro) anos antes do recebimento da denúncia, primeira causa legal de interrupção do curso prescricional.
3. Extinção da punibilidade reconhecida pelo juízo recorrido, pelo advento da prescrição. **A lei penal militar admite o reconhecimento da prescrição por termo inicial anterior ao recebimento da denúncia. Precedentes.**
4. Recurso improvido. Decisão unânime. (Num: 2005.01.007250-6 UF: PE Decisão: 17/11/2005 Proc: Rcrimfo – RECURSO CRIMINAL (FO) Cód. 320, Data da Publicação: 01/03/2006 Vol.: Veículo: DJ, Ministro Relator: FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH)¹⁵¹

O Ministro relator Flavio Flores da Cunha Bierrenbach, faz sua sustentação ao referido tema da seguinte forma:

¹⁵¹ BRASIL, Superior Tribunal Militar. Recurso Criminal (FO) nº 2005.01.007250-6 – PE. Recorrente: O Ministério Público Militar. Recorrida: Decisão do MM. Juiz-Auditor da Auditoria da 7ª CJM. Relator: Ministro FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH. Brasília, DF, 17 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.stm.gov.br/jurisprudência/>. Acesso em: 15 maio 2008.

No que diz respeito à prescrição retroativa, não tem razão o recorrente quando afirma inexistir previsão expressa no Código Penal Militar para sua aplicação. Basta a simples leitura do artigo 125, § 2º, alínea “a”, do referido diploma legal, onde afirma-se que a prescrição da ação penal começa a correr do dia em que se consumou o crime.

E, mesmo que não houvesse tal previsão legal, ainda assim deveria ser reconhecida a aplicação analógica do artigo 110, do Código Penal comum, que dispõe:

Art. 110 A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.

§ 2º A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia.

E há, no sentido de aplicação analógica da norma transcrita, farta jurisprudência da Corte [...]¹⁵²

¹⁵² BRASIL, Superior Tribunal Militar. Recurso Criminal (FO) nº 2005.01.007250-6 – PE. Recorrente: O Ministério Público Militar. Recorrida: Decisão do MM. Juiz-Auditor da Auditoria da 7ª CJM. Relator: Ministro FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH. Brasília, DF, 17 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.stm.gov.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 15 maio 2008.

CONCLUSÃO

Diante do panorama apresentado no trabalho monográfico, podemos inferir que a prescrição retroativa caracteriza-se quando, a pena concretizada na sentença já não pode mais ser aplicada em face de ter escoado o prazo assinalado na lei penal, computado entre a data do fato e o oferecimento da denúncia, ou entre a data de recebimento desta e a publicação da sentença condenatória.

O instituto da prescrição no CP sofreu uma evolução legislativa constante, porém, o CPM não acompanhou os mesmos passos, deixando um vazio legal para certas hipóteses.

Deveras é a desatualização do Código Penal Militar, que refere-se a prescrição como sendo da ação ou da execução, designações essas já abandonadas pela doutrina e jurisprudência, visto que, a prescrição se dá, em primeiro lugar, no direito que tem o Estado, em punir o autor de uma infração, portanto, passado o limite temporal estabelecido em lei, a pretensão estatal não mais poderá ser exercida. Assim o correto é, prescrição da pretensão punitiva, e em segundo lugar, o que prescreve é o direito estatal de aplicar a pena concretizada na sentença, por isso, o termo prescrição da pretensão executória é a designação mais coerente.

Os aplicadores da lei penal militar, contrários a contagem do prazo prescricional com termo inicial anterior ao recebimento da denúncia, são taxativos na argumentação que, no Código Penal Militar, a prescrição retroativa vem prevista no seu §1º, do art. 125, baseando-se no critério objetivo da pena concretizada, devendo ser logo declarada, sem prejuízo do andamento do recurso se, entre última causa interruptiva prevista nas disposições do § 5º (instauração do processo ou pela sentença condenatória), e a sentença condenatória, abarcando assim, na contagem do prazo prescricional apenas a fase processual, trazendo enormes prejuízos ao agente do ato delituoso.

De forma diferente e mais arrazoada, os partidários á aplicação subsidiária das regras constantes no art. 110 §§ 1º e 2º do Código Penal Comum ao CPM, afirmam que a previsão também consta no art. 125 § 2º,

alínea “a” do CPM, com termo inicial da prescrição da ação penal, começar a correr no dia em que o crime se consumou.

Então podemos inferir que, quando a legislação especial foi elaborada, acerca do tema prescrição retroativa, ela suprimiu algumas regras gerais do CP, constantes no art. 110 e §§ 1º e 2º.

Essas normas (especiais), quando excluíram a aplicação das regras gerais do Código Penal, não as fizeram de forma clara, expressa e precisa, gerando dúvidas, não devendo ser aplicadas, pois caso contrário, a vontade da lei estaria sendo substituída pelo arbítrio do juiz, devendo então, a lei penal ser interpretada restritivamente quando prejudicial ao réu e extensivamente em caso contrário.

A solução defendida neste trabalho admite a aplicação subsidiária das regras do instituto da prescrição retroativa, previstas na Lei Penal comum ao Direito Penal Militar, pois desconsiderar o tempo que mediou entre a data da consumação do crime e o recebimento da denúncia foge a razão do instituto da prescrição, que pretende seguir as regras previstas, mas não impedir sua aplicação.

Resta comprovado pela doutrina e jurisprudência apresentadas, que não existem óbices legais, para que o marco inicial do cálculo da prescrição retroativa seja o dia em que o crime se consumou.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar – Parte Geral**. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2003.

BALTAZAR, Antonio Lopez. **Prescrição Penal**: Prescrição da Pretensão Punitiva, Retroativa, Intercorrente, Antecipada, da Pretensão Executória, da Pena de Multa, das Penas Restritivas de Direito, Direito Comparado. Bauru, SP: Edipro.

BRASIL, Superior Tribunal Militar. Embargos (FO) nº 2001.01.048725-9. Embargante: JÚLIO CÂNDIDO CRUZ, SO Era RRm. Embargado: O Acórdão do Superior Tribunal Militar, de 28.08.2001. Relator: Ministro JOSÉ JULIO PEDROSA. Brasília, DF, 20 de junho de 2002. Disponível em: <http://www.stm.gov.br/jurisprudência/>. Acesso em: 15 maio 2008.

BRASIL, Superior Tribunal Militar. Recurso Criminal (FO) nº 2005.01.007250-6 – PE. Recorrente: O Ministério Público Militar. Recorrida: Decisão do MM. Juiz-Auditor da Auditoria da 7ª CJM. Relator: Ministro FLAVIO FLORES DA CUNHA BIERRENBACH. Brasília, DF, 17 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.stm.gov.br/jurisprudência/>. Acesso em: 15 maio 2008.

BRASIL. Código de Processo Penal - Vademecum acadêmico de direito. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

BRASIL. Código Penal - Vademecum acadêmico de direito. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

BRASIL. Código Penal Militar - Vademecum acadêmico de direito. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2007

CRUZ, Ione de Souza, MIGUEL, Cláudio Amim. **Elementos de Direito Penal Militar – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

DAMÁSIO Apud PEIXE, Marildo. Prescrição penal: extinção da pretensão punitiva e pretensão executória . Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=966>>. Acesso em: 16 maio 2008.

DÓRO, Tereza N. R. **MANUAL PRÁTICO DE PROCESSO PENAL**. 3. ed. Campinas, SP: Copa Livros, 1994.

FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal**: suas causas suspensivas e interruptivas. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Prescrição penal**. São Paulo: Saraiva, 1997.

JUNIOR, Sidio Rosa de Mesquita. **PRESCRIÇÃO PENAL**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Jurisprudência Penal Militar (Tribunal Militar – Justiça Militar do Estado). Porto Alegre, 1982.

LISZT, Franz Voin. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Higino Duarte Pereira. V. 1.

MACHADO, Fabio Guedes de Paula de. **Prescrição Penal: Prescrição Funcionalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MIRABETE, Julio Fabrinni. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 17ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NEVES, Cícero Robson Coimbra, STREIFINGER, Marcello. **Apontamentos de direito penal militar**. V. 1: (Parte geral). São Paulo: Saraiva, 2005.

PEIXE, Marildo. Prescrição penal: extinção da pretensão punitiva e pretensão executória. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=966>>. Acesso em: 16 maio 2008.

PORTO, Antonio Rodrigues. **Da Prescrição Penal**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de direito penal militar: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROTH, Ronaldo João. **Temas de Direito Militar**. 1 ed. São Paulo: Suprema Cultural, 2004.

TEIXEIRA PARANHOS, C. A. **Revista de Direito Militar**. Janeiro a Junho, 1997, Ano IV, Número 7.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

TELLES, Antonio Carlos de Seixas. **REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR**. Brasília, v. 10. n.1, 1988.