



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

MARIANA DE CARVALHO ALVES

**CRIATIVIDADE JUDICIÁRIA:
a influência da interpretação sobre natureza do acórdão recorrível confirmatório da
condenação penal após o advento da Lei nº 11.596/2007**

**BRASÍLIA
2019**

MARIANA DE CARVALHO ALVES

**CRIATIVIDADE JUDICIÁRIA:
a influência da interpretação sobre natureza do acórdão recorrível confirmatório da
condenação penal após o advento da Lei nº 11.596/2007**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Marcus Vinícius Reis Bastos

**BRASÍLLIA
2019**

MARIANA DE CARVALHO ALVES

**CRIATIVIDADE JUDICIÁRIA:
a influência da interpretação sobre natureza do acórdão recorrível confirmatório da
condenação penal após o advento da Lei nº 11.596/2007**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Marcus Vinícius Reis Bastos

Brasília, _____ de _____ de 2019

BANCA AVALIADORA

Professor Marcus Vinícius Reis Bastos (Orientador)

Professor(a) Avaliador(a)

CRIATIVIDADE JUDICIÁRIA: a influência da interpretação sobre a natureza do acórdão recorrível confirmatório da condenação penal após o advento da Lei nº 11.596/2007

Mariana de Carvalho Alves¹

RESUMO

As abordagens adotadas pela Política Criminal brasileira têm sofrido alterações, por vezes sensíveis, mas sempre notáveis no cenário nacional. Face à inserção novos preceitos normativos no ordenamento jurídico, os Tribunais pátrios são frequentemente incitados a se manifestar acerca da interpretação aplicável a novos dispositivos legais. Partindo de noções imprescindíveis à análise da natureza jurídica do acórdão recorrível confirmatório da condenação, tais como a participação do Poder Judiciário no processo de criação do Direito, os fundamentos constitucionais e infraconstitucionais da ordem penal e processual penal, as funções da pena e os objetivos do instituto da prescrição penal, visa-se analisar criticamente os divergentes entendimentos adotados pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Direito penal. Direito processual penal. Direito constitucional. Interpretação. Criatividade judiciária. Prescrição penal. Jurisprudência. Acórdão recorrível. Confirmatório. Interrupção.

INTRODUÇÃO

A controvérsia que envolve a natureza do acórdão confirmatório da condenação, precipuamente no âmbito de atuação dos tribunais superiores, se traduz na aplicação de métodos interpretativos distintos, acarretando pronunciamentos judiciais diametralmente divergentes. Partindo deste ponto, propõe-se a realização de uma análise a respeito da possibilidade ou não de inclusão daquela decisão no rol de causas interruptivas da prescrição constante no artigo 117 do Código Penal.

A premissa deste estudo está pautada na constatação de que o Poder Judiciário exerce forte, senão dominante, influência sobre o teor, isto é, o significado, que é conferido à norma positivada, de modo que observar-se-á como dois tribunais superiores distintos podem, ao partir da mesma norma, apresentar leituras opostas e conflitantes entre si.

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Tem-se por objetivo geral a realização de estudo interdisciplinar do direito, perpassando tópicos de matéria penal, processual penal, constitucional, hermenêutica, filosófica do direito e de ciência política para, ao final, averiguar as causas que permitiram a manifestação de tal divergência na jurisprudência pátria.

Nesta toada, portanto, adota-se como objetivos específicos: (i) a exposição do que vem a ser conhecida como criatividade judiciária, seus limites e como ela é utilizada pelo Poder Judiciário para criar o direito, sem intervir na esfera de atuação conferida ao Poder Legislativo; (ii) conceituar o instituto da prescrição, tornando inteligível ao público alvo suas origens, fundamentos e funcionamento no ordenamento jurídico brasileiro; e (iii) efetuar breve cotejo analítico entre as decisões proferidas pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e aquelas prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça, analisando os principais pontos que emprestam fundamento a seus posicionamentos.

Os motivos que justificam a relevância do presente estudo estão alicerçados na análise da situação fático-jurídica, notadamente manifesta no âmbito dos tribunais superiores, da declaração de extinção da punibilidade do agente em decorrência do transcurso do tempo, operada pela não consideração da decisão colegiada que confirma a assertividade da reprimenda, não raro, objetivada pela interposição de recursos protelatórios. Aquém de buscar esvaziar o tema, o presente visa aclarar os principais fundamentos da divergência jurisprudencial e doutrinária sobre a matéria.

A metodologia adotada será teórica, a partir de estudos bibliográficos e jurisprudenciais, sob o aspecto de análise crítica.

No primeiro capítulo, defender-se-á a criatividade judiciária, concebida pelo magistério de Mauro Cappelletti, como processo de criação do direito inerente à incontornável interpretação e, por vezes, ressignificação da norma no momento de concretização da norma em resposta à provocação das partes. A fim de preparar terreno para tal, expor-se-á breves comentários ao princípio da separação dos poderes, ao princípio da imparcialidade do juiz e às funções constitucionalmente atribuídas a cada Poder da União.

No segundo capítulo, almeja-se construir base sólida para o enfrentamento do tema proposto, sem, contudo, pretensão a esgotá-lo. Deste modo, discorrer-se-á sobre o poder-dever de punir do Estado, decorrente de seu monopólio ao uso legítimo da força, a pretensão punitiva

estatal abstrata e concreta, e, por fim, a prescrição, compreendendo seus fundamentos, espécies e causas suspensivas e interruptivas.

Por fim, no terceiro capítulo, analisar-se-á o cenário jurídico em que se inseria o Estado brasileiro anteriormente à edição da Lei nº 11.596, de 29 de novembro de 2007, retroagindo até meados da década de 90, período em que a hasteada controvérsia já tomava assento sobre os a produção jurídica nacional. Observar-se-á os termos em que foi aprovada lei ordinária acima referenciada e os posicionamentos adotados pelos tribunais superiores frente a ela, com enfoque na corrente minoritária defendida pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, notadamente após o julgamento do Habeas Corpus nº 138.088/RJ, dado em 19/09/2017, e na vertente majoritária sustentada pelo Superior Tribunal de Justiça desde época anterior ao advento da supracitada lei.

Cumprе esclarecer que se optou pela análise julgados dos tribunais superiores supracitados, ainda que persista idêntica divergência entre as Turmas do Pretório Excelso, em razão da destoante provocação suportada pelo Superior Tribunal de Justiça a se pronunciar sobre matéria em relação à Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.

I. PROCESSO DE CRIAÇÃO DO DIREITO PELO PODER JUDICIÁRIO

Prefacialmente à abordagem efetiva do tema proposto, pautado na análise da divergência jurisprudencial em relação ao acórdão confirmatório da condenação e sua aplicação ao disposto pelo artigo 117, inciso IV, do Código Penal, urge tecer breves comentários acerca da denominada criatividade judiciária, concebida por Mauro Cappelletti, perpassando temas como a separação dos poderes, as funções constitucionalmente atribuídas aos Poderes da União e os princípios norteadores da jurisdição.

i. Breves comentários à separação dos poderes

A Carta Maior estabeleceu, em seu artigo 2º, a separação dos Poderes da União, assegurando-lhes independência e harmonia entre si e consagrando verdadeiro sistema de pesos e contrapesos, consubstanciado na prerrogativa conferida a cada um dos Poderes de realizar o

controle externo das atividades dos demais, suprindo falhas e censurando excessos. Esclarece a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero², *in verbis*:

No caso brasileiro, especialmente desde a primeira Constituição da República (1891), mas de modo especialmente estruturado na atual Constituição Federal, o sistema de divisão (chamado pelo constituinte de separação!) de poderes, fortemente inspirado pela tradição norte-americana e próximo também do modelo adotado pela Lei Fundamental da Alemanha (1949), se identifica pelo fato de que os três poderes (órgãos e funções) estatais se caracterizam por uma atuação conjunta e voltada à consecução dos objetivos constitucionais, atuação que se dá de forma desconcentrada, racional e juridicamente limitada por esferas de competência próprias e mecanismos de controle recíprocos. Assim, em caráter de síntese, o princípio da separação dos poderes tem como objetivo o controle do poder pelo poder num esquema de fiscalização recíproca, que se materializa por um conjunto diferenciado de técnicas e instrumentos (...). (Destacamos).

Saliente-se que a separação dos poderes figura como cláusula pétrea constitucional, nos termos do disposto pelo artigo 60, § 4º, inciso III, da Constituição Federal³, de modo que apenas a convocação de nova Assembleia Constituinte terá o condão de interferir na dinâmica estabelecida. Acerca a autonomia conferida a cada Poder da União, demonstra o magistério de Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴ a relação do Poder Judiciário com os demais:

O Judiciário, todavia, diz o direito (pois este é o sentido de *jurisdictio*, jurisdição, de *jus* (direito) e *dicere* (dizer), de onde vem o termo em casos concretos. Assim, vez por outra tem de apreciar ato de outro Poder. Não o faz, contudo, para controlar, fiscalizar este outro Poder, mas apenas para assegurar o império da lei. De seu controle não escapam os atos de outro Poder quando ferem direitos individuais. É o princípio da *inafastabilidade do controle judicial*, que já reconhecia a doutrina clássica e que foi inscrita, *a contrario sensu*, ainda na Carta de 1934: ‘É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas’ (art. 68); mas que a partir de 1946 é enunciado diretamente: ‘A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual’ (art. 141, § 4º).

A doutrina constitucional convencionou classificar as funções atribuídas a cada Poder pela Carta Maior como *típica*, fazendo menção àquelas atividades próprias do campo de atuação do Poder em questão, e *atípica*, em referência às atribuições que se confundem com as funções de outra esfera de Poder da União.

² SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 305/306.

³ **Art. 60** A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

III - a separação dos Poderes; (BRASIL, 1988).

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 208.

Assim, ao Poder Legislativo foi confiada a tarefa de *elaborar* normas que inovam na criação do Direito nacional e de *fiscalizar* os atos dos demais Poderes, precipuamente o Poder Executivo, por intermédio de instrumentos como as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs). Atipicamente, o Legislador *administra* o funcionamento interno do Congresso Nacional e de suas casas, e *julga*, ao exercer controle externo sobre os demais Poderes, tendo-se, a título exemplificativo, o processo de *impeachment* ao qual pode ser submetido o Presidente da República.⁵

Ao Poder Executivo se incumbiu a *administração* do Estado Brasileiro como um todo, ramificando-se em diversos níveis de atuação política. Atipicamente, o Executivo *legisla* ao participar do processo legislativo e editar atos normativos secundários e *julga* ao apreciar processos e procedimentos administrativos, existindo, inclusive, a figura da coisa julgada administrativa.⁶

Por fim, ao Poder Judiciário se atribuiu a prestação da tutela jurisdicional, de modo que incumbe ao órgão judicante, quando provocado por interessado legítimo, exercer a jurisdição, isto é, *dizer o Direito*, solucionando a lide que lhe é apresentada ao aplicar a norma jurídica vigente. Frise-se que a Constituição Federal elevou a *status* fundamental a garantia individual conferida a todos os cidadãos de ter solucionada a controvérsia pronunciada perante o Poder Judiciário, nos moldes do artigo 5º, inciso XXXV⁷. De maneira atípica, o Judiciário *administra* ao gerenciar questões de economia interna e *legisla* ao desenvolver normas gerais de organização.⁸

O papel do Poder Judiciário no processo de criação do Direito, entretanto, é mais complexo do que a norma constitucional permite transparecer, se ocupando de sua constatação campos como a filosofia jurídica e a ciência política.

⁵ MOTTA, Sylvio. *Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões*. 28. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 571.

⁶ Op. Cit. p. 691.

⁷ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (BRASIL, 1988)

⁸ Op. Cit. p. 714.

ii. Criatividade judiciária como método de criação do Direito

Conforme exposto alhures, a jurisdição é atividade exercida tipicamente pelo Poder Judiciário e se pauta precipuamente na árdua tarefa de *dizer o Direito*, isto é, solucionar a controvérsia apresentada ao conferir concretude aos dispositivos normativos vigentes no ordenamento jurídico, promovendo, tanto quanto possível, a justiça.

Longe da aparente sistematização objetiva, o exercício da jurisdição exige do julgador boa dose de subjetivismo, consubstanciado em critérios como sensibilidade social orientada pelas eventuais consequências do pronunciamento jurídico, ponderação dos princípios e garantias norteadores da ordem jurídica, o(s) entendimento(s) adotado(s) pela jurisprudência e pela doutrina, o contexto jurídico-político em que se insere a nação etc. A esse respeito, assevera Alexandre Araújo Costa⁹ que:

Como dizia Hobbes (1997, p. 213), em meados do século XVII, ‘todas as leis, escritas ou não, têm necessidade de uma interpretação’. Toda lei precisa de intérpretes para que seja aplicada, e toda atividade interpretativa implica uma constante ressignificação da lei, dado que o hermeneuta sempre exerce sua função a partir de seu lugar na história e na cultura. Como os ambientes naturais e culturais estão em permanente modificação, a sensibilidade das pessoas e as interpretações que elas realizam também estão sujeitas a uma alteração constante.

Afaste-se, todavia, o falso silogismo de que a interpretação da lei, *per si*, acarreta ofensa ao princípio da imparcialidade do juiz, decorrente do disposto pelo artigo 5º, e fomentada pelas garantias e vedações ao exercício da magistratura previstas no artigo 95, todos da Constituição Federal. A imparcialidade conferida aos magistrados nada mais é do que a garantia à sociedade de que a controvérsia será apreciada de maneira justa e desinteressada em seu resultado final, por pessoa idônea e competente para tanto em representação ao sistema jurídico como um todo.

Nesse sentido, leciona o magistério de Ada Pellegrini Grinover¹⁰ que “*a imparcialidade do juiz é uma garantia de legalidade e de justiça (...) o Estado, que reservou para si o exercício da função jurisdicional, tem o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas*”.

⁹ COSTA, Alexandre Araújo. *Judiciário e interpretação: entre Direito e Política*. Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 9-46, jan./abr. 2013. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2448/pdf>. Acesso em: 24 ago. 2019. p. 25.

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo III Série - estudos e pareceres de processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 13.

A interpretação da norma, portanto, decorrente da criatividade judiciária, não viola o pressuposto de validade processual em comento; pelo contrário, o complementa. A adoção de métodos interpretativos das normas impede o julgador de se isolar no universo da Ciência Jurídica, enveredando-se pelo legalismo extremado, rechaçando qualquer interferência exterior à aplicação asséptica do Direito. Ilustração pertinente do mal engendrado por tal prática pode ser encontrada na obra clássica de Victor Hugo¹¹, *Os Miseráveis*, em descrição relativa à célere personagem *Inspecteur Javert*:

Esse homem se compunha de dois sentimentos muito simples e relativamente bons, mas que ele tornava maus, tanto os exagerava: respeito à autoridade e ódio a qualquer rebelião; a seus olhos, o roubo, o assassinio e todos os crimes não passavam de formas de rebelião. Ele envolvia numa espécie de fé cega e profunda tudo o que tem uma função no Estado, desde o Primeiro-Ministro até o Guarda Campestre. Cobria de desprezo, de aversão e tristeza tudo o que houvesse transposto, por uma vez sequer, o limite legal do crime. Era absoluto e não admitia exceções de espécie alguma. De um lado, costumava dizer: – O funcionário não se pode enganar; o magistrado sempre está com a razão. – De outro lado, falava assim: – Esses aí estão irremediavelmente perdidos. Nada podem produzir de bom. Participava completamente da opinião desses espíritos extremistas que atribuem à lei humana não sei que poder de produzir ou, se quiserem, de constatar a existência de demônios, localizando sob a sociedade dos homens o infernal Estige. Era estoico, sério, austero; um pensador triste, ao mesmo tempo humilde e altivo como o são os fanáticos. Seu olhar era um verdadeiro estilete, frio e penetrante. Toda a sua vida se resumia em duas palavras: vigiar e observar. Introduzira a retidão no que de mais tortuoso há no mundo; tinha consciência de sua utilidade, a religião do seu dever; era espião como se é padre. Desgraçado de quem lhe caísse nas mãos! Prenderia o próprio pai se ele fugisse das galés e denunciaria a própria mãe se ela escapasse do cárcere. E o faria com essa espécie de satisfação interior própria da virtude. E, com isso tudo, levava uma vida de privações, de isolamento, de abnegação, de castidade, sem uma distração sequer. Era o dever implacável, a polícia compreendida como os espartanos compreendiam Esparta; sentinela impiedosa, honestidade cruel, um espião de mármore. Era Bruto encarnado em Vidocq.

Entende-se, dada a devida vênia a vertentes do pensamento jurídico distintas, que o Poder Judiciário participa ativamente do processo de criação do direito ao exercer sua função jurisdicional constitucionalmente atribuída, seja por intermédio de fomento à adequação da norma à realidade social em que se insere ou através de métodos de interpretação daquela, suprimindo lacunas que frustram a efetiva concretização da norma. Nesse sentido, asseverou o Presidente norte-americano Theodore Roosevelt¹² em 1908:

¹¹ HUGO, Victor. *Os miseráveis*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. 1. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. p.142.

¹² CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 9.

Os principais criadores do direito (...) podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real (...) ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá em larga medida de que os juízes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes de que superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas superadas”.
Da mensagem enviada pelo Presidente THEODORE ROOSEVELT ao Congresso Americano em 8 de dezembro de 1908 (43. Cong. Rec. Part I, pág. 21).

A doutrina de Mauro Cappelletti¹³ confere a nomenclatura *criatividade* à atividade jurisdicional de interpretação das normas, esclarecendo que inexiste contraposição entre os conceitos de interpretação e criação do direito, de modo que a problemática reside sobre o “*grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciais*”.

Alerta, ainda, o autor para o fato de que “*o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade —ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha —, não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete*”¹⁴. Assim, ainda que seja conferida certa discricionariedade ao julgador, esta deve ser exercida sob o prisma dos princípios e normas norteadoras da função jurisdicional.

Cumprido destacar, sob pena de apego quase romântico à premissa de que os julgadores se valem do método interpretativo apenas quando deparados com lacunas legislativas à aplicação da norma, trecho da reflexão de Alexandre Araújo Costa¹⁵:

O juiz não pode alterar o texto da lei, mas é demasiadamente ingênua a noção de que norma é texto. Nas leis, o que nos obriga não é o significante, mas o significado que damos a ele. É claro que o significado precisa estar bem articulado com o texto, mas não há como determinar o sentido de uma regra sem avaliar adequadamente os seus contextos de elaboração e aplicação. Porém, não é de todo incomum que a interpretação judicial se descole tanto do texto e do contexto em que foi legislado a ponto de muitos colocarem em dúvida o próprio caráter aplicativo da atividade judicial.
[...]

¹³ Op. Cit. p. 21.

¹⁴ Op. Cit. p. 23.

¹⁵ COSTA, Alexandre Araújo. *Judiciário e interpretação: entre Direito e Política*. Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 9-46, jan./abr. 2013. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2448/pdf>. Acesso em: 24 ago. 2019. p. 16/26.

Extrair um sentido adequado de um livro imutável é uma velha tarefa da hermenêutica religiosa (COSTA, 2008). Nesse contexto, a atividade do intérprete é dissipar as dúvidas interpretativas, desvelando o sentido correto dos textos. Por isso mesmo, o bom intérprete precisa lidar com uma sutil dialética da obscuridade, mostrando que certos pontos, aparentemente claros, são verdadeiramente obscuros, para poder esclarecê-los com a sua arte. O intérprete define a lacuna que ele supre, as antinomias que resolve e as obscuridades que esclarece.

Saliente-se, todavia, conforme demonstrar-se-á, que o uso sensato da criatividade pelo magistrado não o torna legislador; o jurista, de fato, *cria* o Direito, mas em grau complementemente distinto daquele atribuído à esfera legislativa. Assim, preceitua Mauro Cappelletti¹⁶ que “*o bom juiz pode ser criativo, dinâmico e ‘ativista’ e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, (...), se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz*”.

Com ânimo a demonstrar que criatividade judiciária não invade o campo de atuação reservado ao Poder Legislativo, tampouco se confunde com este, Mauro Cappelletti enumera diversas limitações ao exercício da atividade criativa pelo julgador e as classifica em limites processuais e limites substanciais.

Os primeiros se referem à estrutura do próprio processo e, por conseguinte, da dinâmica processual, é dizer, do *modo* de criação do direito. Denominadas “virtudes passivas”, os limites processuais ostentam finalidade dúplice: diferenciam os processos legislativo e judiciário de criação do direito e compõem a “*grande e única*”¹⁷ força do processo judiciário, definindo seus limites fundamentais. Em apertada síntese, o autor apresenta da seguinte maneira¹⁸:

Milênios de sapiência humana encontram-se concentrados, na verdade, para além da rotina, nas chamadas regras fundamentais da ‘justiça natural’ ou ‘*natural justice*’, (...) e que encontraram a sua mais incisiva expressão em dois aforismas do antigo saber latino, ‘*nemo iudex in causa propria*’ e ‘*audiatur et altera pars*’. Essas regras exigem que o juiz seja *super partes* e, portanto, que não decida sobre qualquer relação ou ‘status’ do qual seja ele mesmo partícipe, livre das pressões das partes. Elas impõem, ainda, o caráter contraditório do processo, isto é, que todas as partes da relação ou estado objeto do juízo, pessoalmente ou por meio de seus representantes, tenham efetiva oportunidade de se defender e, assim, uma adequada oportunidade de serem ouvidas por um juiz imparcial. Uma terceira regra, provavelmente implícita nas duas primeiras, mostra-se igualmente fundamental; também ela foi esculpida no bronze ideal de uma máxima latina, expressão do seu conteúdo de antiga civilização. Trata-se da regra segundo a qual ‘*ubi non est actio, ibi non est jurisdictio*’, vale dizer, com

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 74.

¹⁷ Op. Cit. p. 76.

¹⁸ Op. Cit. p. 75/76.

palavras diversas mas com igual significado, ‘*nemo iudex sine actore*’. Significa ela que o *judicial process*, diversamente do que ocorre nos procedimentos legislativo e administrativo, impõe atitude passiva, no sentido de que não pode ser iniciado *ex officio* pelo tribunal, necessitando de um autor cuja *actio* constitui, exatamente, a condição sem a qual não pode o juiz exercer em concreto o poder jurisdicional. (Destacamos).

As limitações processuais à criatividade judiciária concebidas por Mauro Cappelletti, estão consagradas no texto constitucional em seu artigo 5º, notadamente em seus incisos XXXV, XXXVI, LII e LV, figurando como verdadeiros fatores legitimadores da jurisdição.¹⁹

Por sua vez, os segundos, denominados limites substanciais à criatividade judiciária, por não se diferenciarem dos limites substantivos aos quais está sujeito o legislativo, se referem ao *grau* de criatividade exercida pelo jurista. Em suma, dado seu caráter indeterminável, pode-se dizer que os limites substanciais atuam sobre a discricionariedade do jurista, que ver-se-á vinculado a certos preceitos. Elucida o autor, *ipsis litteris*²⁰:

No que concerne aos limites substanciais, esses, longe de ser o elemento *sine qua non* da atividade jurisdicional, variam profundamente de época para época e de sociedade para sociedade, e até mesmo no âmbito da mesma época e sociedade. Incluem, vez por outra, precedentes judiciais, opiniões de juristas, ordenanças de monarcas, decisões de assembleias, leis de parlamentos, códigos etc.

Por fim, pertinente que se faz, precipuamente ante o cenário jurídico-político atualmente enfrentado pela nação brasileira, em que temas como “ativismo judicial”, “funcionalismo político e jurídico” e “jurisdicionalização da política” têm sido pauta crescente, e, ainda, à luz da controvérsia engendrada pela interpretação divergente conferida ao mesmo dispositivo legal (artigo 117, inciso IV, do Código Penal) pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, veja-se reflexão do autor²¹:

Trata-se, em minha opinião, de problema que não se pode resolver com um claro sim ou não à criatividade dos juízes. Tal criatividade, — ou, para ser mais preciso, alto grau de criatividade, pois bem vimos como se trata essencialmente de problema apenas de natureza quantitativa —, pode ser benéfica ou maléfica, segundo as muitas circunstâncias contingentes, de tempo e lugar, de cultura, de necessidades reais de determinada sociedade, circunstâncias, de mais a mais de organização e estrutura das instituições e, não por último, dos tipos de magistratura que exercem tal criatividade. (...) Limitar-me-ei, por ora, a sugerir que o bom juiz é o consciente das limitações e

¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo III Série - estudos e pareceres de processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 6.

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 24.

²¹ Op. Cit. p. 92.

fraquezas acima analisadas, sensível às muitas circunstâncias capazes de aconselhar circumspecta prudência em determinadas épocas, domínios e casos, e pelo contrário, dinâmico atrevimento em outros. Só quando colocadas em perigo por ela as suas características naturais — as ‘virtudes passivas’ de natureza ‘processual-estrutural’, (...) —, deveria o bom juiz, sem qualquer hesitação, negar-se à audácia ativista. Mas esse impacto imperativo pode ser válido, outrossim, em face do posicionamento oposto, ou seja, em face da ‘abstenção’ (*‘restraint’*) ou cautela conservadora dos juízes. Diz-se efetivamente, com muita clareza e firmeza, que também o conservadorismo judiciário, e não apenas o ativismo, pode em certas situações e circunstâncias constituir uma forma de compromisso partidário, de parcialidade portanto, e por isso de derrogação daquelas ‘virtudes’ — uma verdade que às vezes é necessário recordar aos juízes, sobretudo aos dos tribunais superiores.

II. PRESCRIÇÃO PENAL

Antes de analisar os fundamentos que ensejaram a adoção de posicionamentos diametralmente divergentes pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e parcela majoritária da jurisprudência pátria, notadamente aquela produzida pelo Superior Tribunal de Justiça, cumpre tecer alguns argumentos voltados aos pilares constituidores da prescrição penal, sem, contudo, pretensão a esvaziar o tema; almeja-se, antes, expor temas imprescindíveis à compreensão da proposta.

i. Comentários acerca da prescrição penal

Preceitua o magistério de Damásio de Jesus²², que “*a norma penal incriminadora cria para o Estado, seu único titular, o direito de punir abstrato*”. Isto é dizer que incumbe ao Poder Público o monopólio do uso legítimo da força, compreendendo tanto sua esfera abstrata quanto a concreta.

Assim, com o nascer de cada Estado, são estabelecidas ações socialmente inaceitáveis, tipificadas como infrações à Ordem Penal, exigindo-se dos integrantes daquela comunidade a obrigação generalizada de abstenção, atuando a norma penal em sua função preventiva geral²³,

²² JESUS, Damásio E. de. *Prescrição penal*. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 17.

²³ Voltada à coletividade indeterminável, a função preventiva geral da pena se ocupa das consequências da punição de infratores perante o meio em que vive. Sua faceta positiva pretende reforçar ou encorajar a confiança social voltada à existência e eficácia do sistema penal como um todo, germinando verdadeiro sentimento de justiça ao punir o delinquente. Ao tempo que sua faceta negativa almeja animar o respeito às normas impostas à sociedade por intermédio da reprimenda aplicada ao infrator. Assim, a partir do temor causado pela restrição de direitos ou

isto é, desalentando a adoção de tais condutas.

Uma vez cometida a infração, o direito de punir estatal, antes *abstracto* e, portanto, voltado a toda a coletividade, se *concretiza*, voltando-se a atenção do Estado ao infrator como objeto de punição proporcional ao mal causado pelo delito, revelando, então, a pena seu aspecto preventivo especial²⁴.

Urge destacar, todavia, que a concretização fática do direito de punir do Estado é condicionada pelo artigo 5º da Constituição Federal à satisfação de diversas garantias e direitos fundamentais, notadamente: a prévia existência de condenação transitada em julgado (inciso LVII), que individualize as penas previstas pela espécie (inciso XXXIX e XLVII) às condições pessoais do sentenciado e circunstâncias do delito (inciso XLVI), prolatada em ação que observe o devido processo legal (inciso LIV), conduzida por autoridade competente para processar e julgar o suposto infrator (incisos XXXVII e LII), a qual deverá oportunizar às partes, nos termos da lei, o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes (inciso LV), inadmitindo as provas ilícitas (inciso LVI) e prezando pela publicidade dos atos processuais praticados, salvo naquelas ações que exijam sigilo (inciso LX).

Ao mencionado direito de punir do Estado se relaciona a pretensão penal, consubstanciada na aspiração do agente propulsor da demanda judicial criminal em obter pronunciamento jurídico favorável à punição do agente requerido, legitimando-a perante o ordenamento jurídico vigente. Assevera a doutrina de José Frederico Marques, alinhada à lição de Francesco Carnelutti, que “*ela é a exigência de que o direito de punir do Estado prevaleça sobre o direito de liberdade do autor do crime, com a sujeição deste à pena cabível na espécie*”²⁵.

A Lei Penal nacional reconhece a existência de duas espécies da pretensão penal,

de liberdade a que é submetido o agente, incita-se os demais integrantes daquele meio social a se absterem de infringir a lei penal.

²⁴ A função preventiva especial da pena, diferentemente da função preventiva geral, atua especificamente sobre as consequências da punição em relação ao condenado. Seu caráter negativo é pautado na intimidação do agente por intermédio da resposta estatal, de modo que, ante às restrições a que é submetido, espera-se que não torne a transgredir. Lado outro, seu caráter positivo é relativo à ressocialização do reeducando, preocupando-se em reinserir na sociedade indivíduo apto ao convívio pacífico em meio aos demais, superando-se a ofensa já penalizada.

²⁵ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. v. 3. Campinas: Millennium, 2002. p. 367.

contrastadas pelo momento processual em que se manifestam. A pretensão punitiva, denominada *ius puniendi*, se dá entre o cometimento da conduta delitiva e a estabilização da reprimenda imposta. Lado outro, a pretensão executória, denominada *ius punitiois*, consagra o direito ao uso do monopólio legítimo da força estatal, que, diante de uma decisão estabilizada, tem a prerrogativa de executá-la nos termos fixados pelo Poder Judiciário, em respeito à garantia constitucionalmente assegurada aos sentenciados de individualização da pena²⁶, nos moldes do artigo 68 do Código Penal²⁷.

Prescrição da pretensão punitiva ou executória estatal, por sua vez, é a terminologia reservada à perda da legitimidade do exercício do poder-dever de punir do Estado ocasionada pelo decurso do tempo. Leciona o magistério de Sidio Rosa de Mesquita Júnior²⁸, que “*podemos afirmar que ela [a prescrição] é a perda do ius puniendi por inércia ou lentidão do Estado. Ela atinge o próprio direito de punir e, indiretamente, o direito de ação, sendo que a extinção da punibilidade pode ocorrer antes ou depois do trânsito em julgado da condenação*”.

César Roberto Bittencourt esclarece, *in verbis*²⁹:

A controvérsia em torno da prescrição penal remonta muitos séculos da história da civilização. Os costumes e a cultura de cada povo ditavam os parâmetros para que se aceitasse a liberação de um criminoso pelo simples decurso do tempo. O primeiro texto legal que tratou da prescrição foi a Lex Julia, datada do ano 18 a.C. para determinados crimes. Estendeu-se, posteriormente, à generalidade dos crimes, com exceção do parricídio, parto suposto, entre outros. O desenvolvimento do instituto da prescrição processou-se lentamente através dos séculos, sendo admitido no direito germânico e no direito de outros povos. Na Idade Média, procurou-se adotar exagerada redução dos prazos prescricionais, motivando enérgica reação, posto que

²⁶ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos; (BRASIL, 1988).

²⁷ **Art. 68** A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua. (BRASIL, 1940).

²⁸ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Prescrição Penal*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 67.

²⁹ BITTENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal*. v. 1. 25. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 971.

teve como resultado a grande dificuldade em se configurar a ocorrência de prescrição. Mas essa era somente a prescrição da ação, isto é, da pretensão punitiva. A prescrição da condenação, no entanto, surgiu na França, com o Código Penal de 1791. Com efeito, a Revolução Francesa parece ter favorecido esse acontecimento. Outros países, em seguida, também adotaram essa outra espécie de prescrição. No Brasil, somente a partir do Código Penal de 1890 passou-se a adotar a prescrição da condenação (art. 72), sendo que a prescrição da ação penal já foi adotada a partir do Código Criminal de 1830. Na realidade, o art. 65 do Código Criminal do Império (16-12-1830) declarava: “As penas impostas aos réus não prescreverão em tempo algum”. Em outras palavras, as penas aplicadas eram imprescritíveis.

O instituto da prescrição, encontra lastro em vastas teorias jurídicas produzidas em escala global, destacando-se: a *teoria do esquecimento*, que parte da premissa de que o decurso do tempo, variável de acordo com a gravidade delitiva, conduz a reação social à indiferença em razão do esquecimento da conduta e, portanto, esvaziamento do temor causado pelo crime, dispensando-se a punição do agente; a *teoria da expiação moral*, estabelecida sobre a presunção de que o terror psicológico ao qual o agente é exposto durante o transcurso do tempo, pautado na expectativa de ser punido, serve aos fins da reprimenda, tornando-se inócua a imposição de pena; a *teoria da emenda do delinquente*, semelhante à *teoria psicológica*, se funda no pressuposto de que o agente se regenerará com o transcorrer do tempo sem a prática de novo delito, ressocializando-se, de modo que eventual punição não atingirá o infrator, mas pessoa diversa; e a *teoria da dispersão das provas*, segundo a qual o decurso do tempo enfraquece o conjunto probatório, dificultando ou mesmo impossibilitando a ocorrência de um julgamento justo³⁰.

Outrossim, merece atenção a teoria fundamentada na premissa de que o Estado deve se responsabilizar por sua inércia ou lentidão, posto que o agente, considerados os argumentos esposados alhures, não pode aguardar, *ad eternum*, a disposição do Estado em lhe processar ou condenar. É dizer, não pode o acusado se submeter ao crivo estatal indefinitivamente, estando sujeito à insegurança permanente de não saber se ou quando será punido.³¹

Destaque-se, todavia, que a Constituição Federal estabeleceu exceções à incidência da prescrição do direito de punir, dado que o texto constitucional conferiu a determinadas ações, “(...) *pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para*

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral*: arts. 1º ao 120 do Código Penal. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 984.

³¹ BITTENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal*. v. 1. 25. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 972.

que fique, ad perpetuam rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática”³². São elas a prática de racismo³³, previsto no artigo 5º, inciso XLII, regulada penalmente pela Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, nos termos do artigo 5º, inciso XLIV, definida pela Lei nº 7.710, de 14 de dezembro de 1983.

A prescrição figura junto às causas excludentes da punibilidade do agente, significando que, uma vez operada, fulmina-se o direito do Estado de executar seu poder-dever de punir o agente. Acerca das excludentes da punibilidade do agente, leciona o magistério de Guilherme de Souza Nucci³⁴ que “*todas decorrem de vontade política do próprio Estado, por meio do Legislativo, de impedir a punição ao crime que seria imposta pelo Poder Judiciário*”.

As hipóteses de exclusão da punibilidade do agente, arroladas pelo artigo 107 do Código Penal³⁵, são classificadas como prejudiciais do mérito penal, dado que extinguem a legitimidade de imposição de reprimenda ao agente. À matéria, inclusive, foi atribuído caráter de ordem pública, devendo o juízo competente proceder à sua apreciação independentemente de provocação das partes, consoante dispõe o artigo 61 do Código de Processo Penal.

Atente-se para a disposição do artigo 108 do Estatuto Repressor, segundo o qual a

³² HC nº 82.424/RS, Rel. Ministro Moreira Alves, Rel. para o Acórdão: Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJe 19/03/2004.

³³ Recentemente, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/DF e o Mandado de Injunção (MI) nº 4.733/DF, em 13 de junho de 2019, o Pretório Excelso reconheceu o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional em relação à adoção de medidas legislativas voltadas à proteção penal do grupo de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Travestis, Transexuais ou Transgêneros (LGBT) à luz do mandamento do artigo 5º, incisos XLI e XLII, da Constituição Federal. Posto isto, declarada a omissão normativa inconstitucional e cientificado o Congresso Nacional, em cumprimento à ordem do art. 103, § 2º, da Carta Maior, para a tomada de providências necessárias, decidiu o Supremo Tribunal Nacional dar interpretação conforme a Constituição Federal à matéria, com efeitos modulados à data em que se concluir o julgamento da ação, tornando a homofobia e a transfobia, em todas as suas formas, espécies do gênero racismo em sua dimensão social e, portanto, sujeitas às penas descritas pela Lei de Racismo (nº 7.716/1989), até que sobrevenha legislação autônoma.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral*: arts. 1º ao 120 do Código Penal. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 953.

³⁵ 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 preempção;
- 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 - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)
- VIII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)
- IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei. (BRASIL, 1940).

extinção da punibilidade do agente não alcança crimes conexos ao agraciado, notadamente aqueles que têm por pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante o extinto, subsistindo, inclusive, a possibilidade de exasperação da pena dos demais em razão da conexão.

Ao decurso do tempo é reservado assento em normas penais e processuais penais pelos mais diversos ordenamentos jurídicos. A norma alemã, berço da produção doutrinária brasileira, preceitua em seu *Strafgesetzbuch (StGB)*, que, salvo os crimes de homicídio, que são imprescritíveis, considerar-se-á extinta a punibilidade dos delitos cometidos após o transcurso de, *ipsis litteris*³⁶:

§ 78º Período de prescrição

(1) O Estatuto Prescricional exclui a punição do ato e a ordenação de medidas (§ 11, parágrafo 1, n. 8). A seção 76a, parágrafo 2, permanece inalterada.

(2) Os crimes do § 211 (homicídio) não têm prazo determinado.

(3): O período prescricional, na medida em que proíbe por lei a acusação, é de:

1. Trinta anos para condutas puníveis com prisão perpétua;
2. Vinte anos para condutas puníveis com prisão superior a dez anos;
3. Dez anos para condutas puníveis com prisão superior a cinco anos até dez anos;
4. Cinco anos para condutas puníveis com prisão superior a um ano até cinco anos;
5. Três anos para outras condutas;

(4) O período prescricional deve ser baseado na ameaça penal da Lei, no fato que constitui a conduta, sem consideração de agravantes ou atenuantes previstas pelas disposições da Parte Geral ou por casos particularmente mais ou menos graves. (Tradução nossa).

Adotando política criminal diversa, o ordenamento jurídico italiano, fortemente influente sobre a produção jurídica nacional, preceitua em seu *Codice Penale* que o prazo prescricional deverá, em regra, se pautar pelo máximo da pena estabelecido pelo tipo penal ofendido, obedecido o limite mínimo de 6 (seis) anos para crimes e 4 (quatro) anos para contravenções penais. Assim, *in verbis*³⁷:

Artigo n. 157

1. O prazo prescricional extingue a ofensa após o tempo correspondente ao máximo da pena estabelecido por lei e, em qualquer caso, não menos de 6 (seis) anos em caso de crime e 4 (quatro) anos em caso de contravenção, mesmo que punida apenas com a pena pecuniária.

2. Para determinar o tempo necessário para prescrever, considera-se a pena estabelecida por lei para o crime consumado ou tentado, sem levar em conta a diminuição por circunstância atenuante e o aumento por circunstância agravante, salvo se pela circunstância agravante a lei estabelece uma pena diversa daquela ordinária e pela qual há efeito especial, caso em que se considera o aumento máximo

³⁶ ALEMANHA. *Strafgesetzbuch*. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb>. Acesso em: 28 set. 2019. § 78º.

³⁷ ITÁLIA. *Codice penale*. Disponível em: <http://www.procuragenerale.trento.it/attachments/article/31/cp.pdf>. Acesso em: 28 set. 2019. Art. 157.

de pena previsto pela agravante.

3. Não se aplicando a disposição do artigo 69, o tempo necessário para prescrever é determinado pela norma do segundo parágrafo.

4. Quando pelo crime a lei estabelece, conjuntamente ou alternativamente, a pena privativa e a pena pecuniária, somente a pena privativa é considerada para determinar o tempo necessário para prescrever.

5. Quando, pelo crime, a lei estabelecer outras penas além daquela privativa e daquela pecuniária, se aplica o prazo de 3 (três) anos.

6. Os termos referidos nos parágrafos anteriores são duplicados para os crimes referidos nos artigos 375, terceiro parágrafo, 449, 589, segundo e terceiros parágrafos, e 589-bis, bem como pelos crimes referidos no artigo 51, alíneas 3-bis e 3-quater, do Código de Processo Penal. Os termos referidos nos parágrafos anteriores são também duplicados pelos crimes referidos o título VI-bis do segundo livro, pelos quais no artigo 572 e pelos crimes referidos na secção I do capítulo III do título XII do livro II e referidos no artigos 609-bis, 609-quarter, 609-quinquies e 609-octies, a menos que existam as circunstâncias atenuantes previstas no terceiro parágrafo do artigo 609-bis ou no quarto parágrafo do artigo 609-quarter.

7. A prescrição é sempre expressamente renunciável pelo acusado.

8. A prescrição não extingue os crimes pelos quais a lei prevê pena de prisão perpétua, ainda que esta seja efeito de circunstância agravante. (Tradução nossa).

O Código Penal brasileiro, por sua vez, dedicou à matéria prescricional espaço especial em sua parte geral, regulada especificamente pelos artigos 109 a 119. Em relação ao cálculo do prazo prescricional concebeu, de maneira semelhante à norma alemã, espécie de tabela numérica, *ipsis litteris*:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 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 a 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 excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Parágrafo único - Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade ³⁸

Atento à maior vulnerabilidade intrínseca aos menores de 21 (vinte e um) anos e os maiores de 70 (setenta) anos, o Legislador conferiu a esses grupos tratamento mais brando, determinando no artigo 115 do Código Penal que os prazos prescricionais serão reduzidos à metade quando, à época da conduta, o agente for beneficiado pela menoridade relativa ou, à

³⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 28 set. 2019. Art. 109.

época da sentença, for septuagenário. Acerca de temas controvertidos, a doutrina de Guilherme de Souza Nucci³⁹ destaca que:

A referência do Código Penal ao menor de 21 anos é nítida e textual, não havendo ligação expressa com a menoridade civil. Pode-se até argumentar que, em face da redução da idade civil para o alcance da maioridade, mereceria ser rediscutida a especial proteção que se confere, atualmente, ao menor de 21 anos. Entretanto, em fiel respeito ao princípio da legalidade, deve-se continuar aplicando o critério fixado pela lei penal, que é diverso da civil.

Outro ponto importante a destacar é o advento do Estatuto do Idoso, que passou a dar especial proteção a pessoas maiores de 60 anos. Essa lei, no entanto, em nada alterou a contagem da prescrição, que continua a ser feita pela metade somente quando a pessoa atingir 70 anos na data da sentença. Aliás, se o legislador quisesse beneficiar, no campo da prescrição, o maior de 60 anos, poderia tê-lo feito, do mesmo modo que inseriu a agravante de crime praticado contra maior de 60 anos no art. 61, II, h, do Código Penal

Em relação àqueles crimes passíveis de pena privativa de liberdade e, cumulativamente, de pena de multa, antevedendo a dissonância de prazos prescricionais e com inspiração na norma penal italiana, determinou o Código Penal, em seu artigo 118, a confluência dos lapsos temporais ensejadores da prescrição, de modo que as penas mais leves prescreverão juntamente com as mais severas. No mesmo sentido dispõe o artigo 114 do mesmo Diploma Legal ao estabelecer que as penas de multa, quando aplicadas isoladamente, prescreverão em 2 (dois) anos e, quando alternativa ou cumulativamente cominadas ou cumulativamente aplicadas à pena privativa de liberdade, prescreverão ao tempo destas.

ii. Espécies de prescrição

A produção jurídica brasileira reconhece atualmente 5 (cinco) espécies de prescrição atuantes sobre o *ius puniendi* estatal, as quais são: prescrição em abstrato, prescrição em concreto, prescrição retroativa, prescrição superveniente e prescrição antecipada, e 1 (uma) espécie incidente sobre o *ius punitivis*, denominada prescrição executória.

Elucida o artigo 111 do Código Penal que a prescrição da pretensão punitiva terá por marco inicial, via de regra, o dia da consumação da conduta, o dia em que cessou a prática criminosa para o crime tentado ou o dia em que findou a permanência para os crimes permanentes. Excepcionalmente, considerar-se-á a data do conhecimento do fato, para os

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º ao 120 do Código Penal*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 997.

crimes de bigamia e de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, ou a data em que vítima completar 18 (dezoito) anos, para os crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes – salvo se já iniciada a ação penal.

O Código Repressor optou pela diferenciação dos prazos referidos por seu artigo 109 pautada no momento processual em que se encontre a ação penal. Assim, denomina-se prescrição *em abstrato* aquela orientada pelo máximo de pena aplicável à conduta delituosa enquanto não houver individualização da conduta criminosa e prescrição *em concreto* à que se pauta pelo *quantum* efetivamente imposto ao agente em sentença condenatória, conquanto que transitada em julgado para a acusação ou tendo sido improvido seu recurso.

Destaque-se que, ao se calcular o prazo prescricional devem ser consideradas as majorantes e minorantes incidentes na espécie. O objetivo, ao se aferir a pena em abstrato, é obter a possibilidade mais severa de pena a ser imposta ao infrator, de modo que as majorantes deverão ser aplicadas em seu patamar máximo e as minorantes em seu patamar mínimo.

A título ilustrativo, imagine-se que determinado indivíduo é acusado de prática do crime de invasão de dispositivo informático tentado contra o Presidente da República, que, nos termos do artigo 154-A, *caput* e §5º, inciso I, do Código Penal, é punível com penas de 3 (três) meses a 1 (um) ano de detenção e multa, incidindo causa de aumento de pena de $\frac{1}{3}$ (um terço) a $\frac{1}{2}$ (metade) e causa de diminuição de pena de $\frac{1}{3}$ (um terço) a $\frac{2}{3}$ (dois terços).

Para fins prescricionais, anteriormente à condenação do agente, considerar-se-á o limite máximo de 1 (um) ano acrescido de $\frac{1}{2}$ (metade) e diminuído de $\frac{1}{3}$ (um terço), de forma que a pena em abstrato será de 1 (um) ano⁴⁰ e o prazo prescricional, nos moldes do artigo 109, inciso V, do Código Penal, de 4 (quatro) anos. Posteriormente à condenação do agente, deverá ser observada a pena individualizada aplicada ao agente. Desta forma, acaso ao réu tenha sido imposta reprimenda de 10 (dez) meses de detenção, prescreverá o direito de punir estatal em 3 (três) anos, nos termos do artigo 109, inciso VI, do Estatuto Repressor.

Lado outro, em relação às exasperações da pena resultantes de incidência de alguma das espécies de concurso de crimes, previstas nos artigos 69 e 70 do Código Penal, frisa o artigo

⁴⁰ Consoante o princípio da incidência cumulativa, recai sobre a pena de 1 (um) ano acréscimo de 6 (seis) meses resultante em 18 (dezoito) meses ou 1 (um) ano e 6 (seis) meses, e diminuição de $\frac{1}{3}$ (um terço), acarretando na pena final de 1 (um) ano.

119 do mesmo Diploma normativo que a prescrição deverá ser aferida individualmente. O Supremo Tribunal Federal determinou, por intermédio do enunciado de súmula nº 497, que, em se tratando de crime continuado, a prescrição deverá se orientar pela pena imposta na sentença, excluindo-se o acréscimo decorrente do artigo 71 do Estatuto Repressor.

Em relação à prescrição da pretensão punitiva em concreto em sua modalidade retroativa, leciona o magistério de Guilherme de Souza Nucci⁴¹ se tratar “*do cálculo prescricional que se faz de frente para trás*”, é dizer, individualizada a reprimenda a ser imposta ao agente, verificasse a possibilidade de incidência de operação da prescrição entre os marcos interruptivos anteriores à própria sentença elencados pelo artigo 117 do Código Penal, a ser esmiuçado à frente.

Anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, preceituava o artigo 110, § 2º, do Código Penal hipótese de incidência da causa extintiva de punibilidade em comento consubstanciada na aferição do período transcorrido entre a consumação do delito e a provocação formal ao Poder Judiciário realizada pelo legitimado. Tal modalidade, entretanto, foi extirpada do ordenamento jurídico, subsistindo apenas de maneira residual em relação aos crimes praticados antes de sua vigência, em respeito ao princípio da irretroatividade penal.

Em relação à prescrição da pretensão punitiva em concreto em sua modalidade superveniente ou intercorrente, por sua vez, em muito se assemelha àquela retroativa. Esclarece a doutrina de César Roberto Bittencourt⁴² que “*as prescrições retroativa e intercorrente assemelham-se, com a diferença de que a retroativa volta-se para o passado, isto é, para períodos anteriores à sentença, e a intercorrente dirige-se para o futuro, ou seja, para períodos posteriores à sentença condenatória recorrível*”.

Urge destacar, ainda, reflexão levantada pela doutrina de Guilherme de Souza Nucci⁴³:

Se o recurso apresentado pelo Ministério Público não disser respeito à pena aplicada, não importa se tiver provimento, pois o prazo é computado normalmente. Ex.: o promotor recorre somente para alterar o regime aplicado e tem sucesso. Isso não é suficiente para interromper o curso da prescrição intercorrente. É a posição majoritária, com a qual concordamos, mas há quem sustente em sentido contrário, ou

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º ao 120 do Código Penal*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 992.

⁴² BITTENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal*. v. 1. 25. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 991.

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º ao 120 do Código Penal*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 990.

seja, se o Ministério Público obtiver sucesso em qualquer linha do seu apelo, interrompe-se a prescrição.

Trata-se de espécie de prescrição da pretensão punitiva em abstrato a denominada prescrição antecipada, virtual ou em perspectiva. Fruto de pensamento doutrinário, esta modalidade se pauta na constatação de probabilidade, no momento do recebimento da exordial acusatória, de aplicação de determinada pena ao acusado ainda não condenado que, em consonância com os prazos descritos pelo artigo 109 do Estatuto Repressor, ensejaria em fulminação do poder-dever de punir do Estado em caráter retroativo, ou seja, entre a data dos fatos e a data do recebimento da inicial acusatória.

Em contraposição a tal espécie prescritiva, o Superior Tribunal de Justiça editou o verbete sumular nº 438, segundo o qual “*é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal*”.

Urge destacar, ainda, reflexão levantada pela doutrina de Guilherme de Souza Nucci⁴⁴:

Em nosso entendimento, a questão devia ser resolvida no campo processual, vale dizer, se o juiz percebesse que, aplicada a pena mínima, no futuro, não haveria interesse de agir, motivo pelo qual a denúncia deveria ser rejeitada. No entanto, essa polêmica perdeu o interesse após a edição da Lei 12.234/2010, que eliminou a prescrição retroativa, no tocante a datas anteriores ao recebimento da denúncia ou queixa. Logo, entre o fato e a peça acusatória somente se dá a prescrição pela pena máxima em abstrato prevista para o delito; a pena concreta, quando fixada, não mais possui perspectiva retroativa. Continua valendo, segundo nos parece, a consideração da falta de interesse de agir, impedindo-se o ajuizamento da ação penal, para os crimes praticados antes de 5 de maio de 2010.

Por sua vez, a prescrição da pretensão executória estatal diz respeito ao *ius punitiois*, isto é, o poder-dever em perspectiva de se concretizar efetivamente pelo Estado através da execução de sentença condenatória penal transitada em julgado. Pontua Cézar Roberto Bittencourt⁴⁵ que “*o decurso do tempo sem o exercício da pretensão executória faz com que o Estado perca o direito de executar a sanção imposta na condenação*”.

⁴⁴ Op. Cit. p. 988.

⁴⁵ BITTENCOURT, Cézar Roberto. *Tratado de direito penal*. v. 1. 25. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 991.

Saliente-se, por fim, a lição de Guilherme de Souza Nucci⁴⁶ em relação aos efeitos da declaração de extinção da punibilidade do agente com fundamento em evento prescricional:

Quanto aos efeitos: a) prescrição da pretensão punitiva, significando que o prazo prescricional consumou-se antes da sentença condenatória, com trânsito em julgado para as partes. Elimina-se todo rastro do direito de punir estatal. Se ainda não há decisão condenatória, não mais pode existir. Se já existe, ela perde o efeito para todos os fins. Não se computa para antecedentes, geração de reincidência, dever de indenizar etc.; b) prescrição da pretensão executória, significando que o prazo prescricional ocorreu depois do trânsito em julgado para as partes, embora o seu início se dê a partir da data do trânsito em julgado para a acusação. Nessa hipótese, a condenação somente perde o efeito para o fim de imposição da sanção principal – a pena aplicada. Remanescem os efeitos secundários da condenação, como o registro do antecedente, a viabilidade de gerar reincidência, o dever indenizatório na área cível etc.

iii. Causas suspensivas e interruptivas do prazo prescricional

O Estatuto Penal, antevendo a apreciação de causas complexas e da hercúlea demanda a que é submetido o Poder Judiciário, estabeleceu diversos marcos processuais capazes de suspender ou interromper o cômputo do período prescricional, dilatando o prazo conferido ao Poder Público para que julgue definitivamente o indivíduo reputado por infrator. Urge salientar, portanto, que as hipóteses descritas pelos arts. 116 e 117 do Código Penal, via de regra, atuam sobre o *ius puniendi* estatal, excetuando-se apenas as hipóteses expressas pela lei penal.

As denominadas causas de suspensão da prescrição elucidam hipóteses em que a contagem temporal será paralisada, retomando-se a partir da cessação de seu impedimento. Assim, dispõe o artigo 116 do Código Penal que deve ser suspensa a prescrição sempre que outro processo versar sobre questão afete a existência de conduta delitiva ou durante o período em que o réu esteja cumprindo pena em País estrangeiro. O transcurso prescricional será, ainda, automaticamente suspenso enquanto o agente estiver cumprindo pena em território nacional por outra razão.

Esclarece o magistério de César Roberto Bittencourt⁴⁷, acerca da primeira hipótese de suspensão da prescrição (artigo 116, inciso I, do Código Penal), que “*são as chamadas questões prejudiciais, reguladas pelos arts. 92 a 94 do CPP, cuja relação com o delito é tão profunda*

⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral*: arts. 1º ao 120 do Código Penal. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 985.

⁴⁷ BITTENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal*. v. 1. 25. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 996.

que a sua decisão, em outro juízo, pode determinar a existência ou inexistência da própria infração penal”.

Desta feita, denota-se a adoção de cautela pelo Legislador, de modo que, ante a ciência de controvérsia acerca da infração penal, deve o Direito Penal, em homenagem ao princípio da intervenção mínima, conter sua atuação e aguardar a chancela da autoridade a que compete apreciar a questão prejudicial do mérito criminal.

O artigo 94 do Código de Processo Penal fomenta a natureza pública da matéria ao estatuir que a suspensão da ação penal engendrada pela ocorrência de questões prejudiciais será decretada *ex officio* pelo juiz competente ou a requerimento das partes. Assim, “*suspensão que está o curso do processo para que no juízo cível se resolva a prejudicial, suspensão fica também, ipso facto, o lapso prescricional*”⁴⁸.

A título ilustrativo, observe-se o crime de bigamia, previsto no artigo 235, *caput*, do Código Penal, punível com pena de reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, consoante o qual constitui infração penal contra a família a contração de novo casamento por pessoa casada. Acaso recaia sobre o estado civil do suposto infrator controvérsia, existindo, por conseguinte, a possibilidade de declaração de inexistência contemporânea de dois ou mais casamentos, deve a ação penal aguardar a conclusão da *actio* cível, prevenindo-se a imposição de reprimenda à qual não faz jus o acusado.

As hipóteses de suspensão da prescrição acarretada pelo cumprimento prévio de pena aplicada em função de fatos estranhos à ação penal em questão têm fundamento intuitivo: a primeira, consubstanciada na execução de pena em País estrangeiro (artigo 116, inciso II, do Código Penal), tem por fundamento político-jurídico a dificuldade ou, por vezes, inviabilidade de extradição do infrator enquanto este cumprir pena no estrangeiro. Assim, condiciona-se a contagem prescricional ao período em que o Poder Público brasileiro dispuser de efetivos meios para julgar o agente e executar eventual pena aplicada.

Importa salientar que, com o advento da Lei de Migração, nº 13.445, de 24 de maio de 2017, positivou-se o pedido de extradição executória, antes realizado com fundamento exclusivo em disposições diplomáticas, tais como tratados bilaterais ou promessas de

⁴⁸ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. v. 3. Campinas: Millennium, 2002. p. 478.

reciprocidade. Adstrito aos termos dos artigos 100 e seguintes daquele Diploma normativo, possibilita-se a transferência de execução da pena para o território brasileiro naquelas situações em que o condenado definitivamente for nacional, tiver residência habitual ou vínculo pessoal no Brasil, o *quantum* restante de pena a ser cumprida ultrapasse ou equivalha a 1 (um) ano na data de apresentação do pedido ao Estado estrangeiro, a conduta criminosa seja infração penal perante ambas as nações e existir tratado ou promessa de reciprocidade entre o Estado brasileiro e o estrangeiro.

A segunda situação, correspondente ao cumprimento de pena por conduta diversa daquela discutida na ação penal contemporânea (artigo 116, parágrafo único, do Código Penal), é a única hipótese de suspensão da prescrição do *ius punitiois* estatal elencada pelo Estatuto Repressor e se justifica na impossibilidade de satisfação de duas penas simultaneamente, descabendo se falar em inércia punitiva do Estado ante a execução de pena superveniente.

Alterado pela Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996, o artigo 366 do Código de Processo Penal preceitua que, acaso o acusado, citado por edital, permanecer inerte quanto ao andamento da ação penal ao não comparecer ou tampouco constituir advogado, deverão ser suspensos tanto o processo quanto o transcurso do prazo prescricional. Visando preservar a plenitude das provas consideradas urgentes, o dispositivo em comento faculta ao juízo competente sua produção antecipada. Permite-se, ainda, a decretação de prisão preventiva do acusado, observados os critérios estabelecidos pelo artigo 312 do Código de Processo Penal.

A nova redação conferida à norma, todavia, gerou debates doutrinários e a elaboração de correntes divergentes em relação ao período em que se consideraria aceitável a manutenção da suspensão do prazo prescricional sem prejuízo dos direitos e garantias constitucionais conferidos ao réu. O magistério de Damásio de Jesus⁴⁹ ilustra a vasta gama de vertentes doutrinárias elaboradas em decorrência da alteração legislativa em comento:

O legislador simplesmente determina que o decurso do tempo prescricional fica suspenso. Não limita o prazo. Sobre o tema, há várias correntes: 1ª) a lei não fixou limite, de modo que o termo final do prazo suspensivo ocorre na data em que o réu comparece em juízo, qualquer que seja o tempo decorrido (...); 2ª) deve ser considerado o máximo abstrato da pena privativa de liberdade cominada à infração penal (...); 3ª) leva-se em conta o mínimo abstrato da pena privativa de liberdade cominada; 4ª) tem-se em vista o limite máximo do prazo prescricional previsto em nossa legislação, que é de vinte anos (CP, art. 109, I); 5ª) o limite temporal da suspensão é o mesmo da prescrição (CP, art. 109), em atenção ao *mínimo* abstrato da

⁴⁹ JESUS, Damásio E. de. *Prescrição penal*. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 89/90.

pena privativa de liberdade; 6ª) o limite extremo superior da suspensão da prescrição é o mesmo do art. 109 do CP, regulado pelo *máximo* da pena privativa de liberdade cominada à infração penal; 7ª) o processo pode ficar suspenso até trinta anos, limite máximo do cumprimento da pena privativa de liberdade (CP, art. 75, *caput*).

Almejando dar um basta à discussão, o Superior Tribunal de Justiça editou, em 9 de dezembro de 2009, o enunciado de súmula nº 415, sedimentando o entendimento de que o período máximo de suspensão do cômputo prescricional deve equivaler ao máximo da pena cominada aplicável à espécie. Isto se deu porquanto a suspensão indefinida do lapso prescricional “*significaria tornar imprescritíveis condutas cuja punição abstratamente cominada seja branda*”⁵⁰.

Assim, a exemplo de aplicação do disposto pelo artigo 366 do Código de Processo Penal ao crime de estelionato simples (artigo 171, *caput*, do Código Penal), passível de imposição penas de 1 (um) a 5 (cinco) anos de reclusão e multa, poderá o transcurso prescricional ficar suspenso até o limite máximo de 12 (doze) anos, conforme disposição do artigo 109, inciso III, do Código Penal. Não comparecendo o réu em juízo ou, acaso decretada, não sendo efetuada sua segregação preventiva, o lapso prescricional deverá tornar a correr, “*a ação penal, entretanto, continua suspensa*”.⁵¹

Instado a se manifestar, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em 17 de junho de 2011, a existência de repercussão geral ao Recurso Extraordinário nº 600.851/DF, manejado por ofensa ao artigo 5º, incisos XLII e XLIV, da Constituição Federal⁵², sob a justificativa de que a interpretação conferida pela Corte Suprema aos dispositivos constitucionais supramencionados norteará o julgamento de diversos processos semelhantes, “*notadamente para esclarecer se a ausência de limite legal à suspensão do processo e do prazo prescricional a que se refere o art. 366 do Código de Processo Penal cria uma nova hipótese de crimes*

⁵⁰ HC nº 34.345/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 07/10/2004, DJe 16/11/2004.

⁵¹ Op. Cit. p. 91.

⁵² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

[...]

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; (BRASIL, 1988).

imprescritíveis não prevista naqueles dispositivos constitucionais".⁵³ O referido recurso excepcional aguarda, até a data de conclusão deste artigo, pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, alerte-se que a inovação jurídica da alteração legislativa promovida pela Lei nº 9.271/1996 constituiu incontornável *novatio legis in pejus*, sendo inaplicável aos crimes cometidos anteriormente a 17 de abril de 1996, em respeito ao disposto pelo artigo 5º, inciso XL, da Carta Maior⁵⁴ e pelo artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal⁵⁵, posto que a causa interruptiva da prescrição dilata o período em que se considera legítimo o exercício do *ius puniendi* estatal.

A Constituição Federal de 1988 também estabeleceu, em seu artigo 53, § 2º⁵⁶, hipótese de suspensão do prazo prescricional enquanto o Congresso Nacional não emanar licença ao processamento de Senador ou Deputado. A esse respeito, alerta César Roberto Bittencourt⁵⁷ que a Corte Suprema, em sua composição plenária, instada a se manifestar acerca deste privilégio, comodamente associado à morosidade parlamentar em deliberar quanto à questão, "*decidiu que tanto na hipótese de deferimento do pedido de licença quanto na de ausência de deliberação, a suspensão da prescrição ocorre na data do despacho do Ministro Relator determinando a remessa do pedido ao Parlamento*".

A Emenda à Constituição nº 35, de 20 de dezembro de 2001, todavia, alterou o texto constitucional originário, que, então, passou a preceituar que o processamento contra parlamentar, por fato delituoso ocorrido após a diplomação, deverá ser feito regularmente

⁵³ **RE nº 600.851 RG/DF**, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 16/06/2011, DJe 30/06/2011.

⁵⁴ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; (BRASIL, 1988).

⁵⁵ **Art. 2º** Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. (BRASIL, 1940).

⁵⁶ **Art. 53** Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º - Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa.

§ 2º - O indeferimento do pedido de licença ou a ausência de deliberação suspende a prescrição enquanto durar o mandato. (BRASIL, 1988).

⁵⁷ BITTENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal*. v. 1. 25. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 997.

perante o Supremo Tribunal Federal. O recebimento da denúncia, todavia, deverá ser informado à respectiva Casa Legislativa a que pertence o acusado, à qual será facultado, por iniciativa de partido político com representação nela e pelo voto da maioria dos membros, até a prolação de decisão final no processo, sustar o andamento da ação penal. Na mesma toada da disposição original, estabelece o vigente artigo 53, § 5º, da Carta Maior⁵⁸ que, em hipótese de sustação do processo judicial, o transcurso prescricional ficará suspenso, enquanto durar o mandato do réu.

Para além das disposições da Constituição Federal e do Código Penal, existem em vigor diversas legislações infralegais que dispõem acerca da suspensão da pretensão punitiva estatal, precipuamente em dispositivos referentes aos denominados institutos despenalizadores, tais como: a suspensão condicional do processo (artigo 89, § 6º, da Lei nº 9.099/1995), o acordo de leniência (artigo 87 da Lei nº 12.529/2011) e hipóteses de parcelamento dos débitos tributários relativos aos crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social (artigo 83, § 2º, Lei nº 9.430/96).

Lado outro, as causas interruptivas da prescrição possuem o condão de, abstratamente, retroceder no tempo, acarretando verdadeiro reinício do cômputo prescricional, excluindo-se completamente a contagem anterior da realidade processual. Assim, esclarece a doutrina de José Frederico Marques⁵⁹:

Com a interrupção, altera-se o *dies a quo* da prescrição. Ele se desloca para a data em que ocorreu a causa interruptiva do lapso prescricional. Nisso reside seu traço específico, que a distingue nitidamente da suspensão de que fala o artigo 116. Na suspensão, o termo *a quo* do prazo continua o mesmo, e o tempo decorrido até a data da causa impeditiva não se perde nem deixa de ser computado: uma vez que recomeça a correr o lapso prescricional, o tempo anterior ao hiato verificado deve computar-se.

Previstas no artigo 117 do Código Penal, as causas de interrupção da prescrição são fruto de política criminal voltada, precipuamente, a atingir dois fins: a fiscalização indireta da legitimidade do exercício das pretensões punitiva e executória estatais, de modo que tanto a inércia dos agentes competentes quanto a morosidade do maquinário jurídico acarretam a perda do direito ao uso do monopólio do uso legítimo da força em concreto, e a garantia de

⁵⁸ **Art. 53** Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

[...]

§ 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001); (BRASIL, 1988)

⁵⁹ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. v. 3. Campinas: Millennium, 2002. p. 479.

punibilidade do agente enquanto a justiça da resposta judicial penal é questionada perante as instâncias ordinárias.

Assim, estabelece o dispositivo normativo em comento que o curso da prescrição será interrompido mediante a prática de determinados atos processuais, os quais sejam: o recebimento da denúncia ou queixa, a pronúncia e a decisão confirmatória da pronúncia no procedimento do Tribunal do Júri e a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis. Estatui, ainda, a norma que interromperão a contagem prescricional o início ou continuação do cumprimento da pena e a reincidência.

A primeira causa interruptiva da prescrição (artigo 117, inciso I, do Código Penal) diz respeito ao recebimento da exordial acusatória, seja em ações penais públicas, inauguradas com a formulação denúncia pelo Ministério Público competente, seja em ações penais privadas, iniciadas com oferecimento de queixa-crime pelo particular lesado.

Em hipóteses exclusivas do procedimento específico do Tribunal do Júri, regulado pelo artigo 406 e seguintes do Código de Processo Penal, a segunda e terceira causas interruptivas da prescrição (artigo 117, incisos II e III, do Código Penal) versam acerca da decisão de pronúncia do acusado e da decisão que, julgando recurso cabível⁶⁰, confirma a pronúncia.

Sinaliza o magistério de César Roberto Bittencourt⁶¹, em concordância do teor do enunciado de súmula nº 191 do Superior Tribunal de Justiça⁶², que é majoritário do posicionamento de que “*mesmo havendo desclassificação pelo Tribunal do Júri, para competência do juiz singular, ainda assim a pronúncia e a decisão que a confirma constituem causas interruptivas da prescrição*”.

Ressalta, ainda, a doutrina de José Frederico Marques⁶³ que, naquelas hipóteses em que a decisão *a quo* impronuncia o acusado ou o absolve sumariamente e, em grau recursal, a decisão do juízo *ad quem* a reforma, concluindo pela existência de indícios suficientes de

⁶⁰ Da decisão que decide pela impronúncia ou pela absolvição sumária do acusado, caberá a interposição de recurso de apelação, nos termos do artigo 416 do Código de Processo Penal. Àquelas decisões de pronúncia e de desclassificação da conduta delituosa imputada ao agente, caberá a interposição de recurso em sentido estrito, consoante dispõe o artigo 581, incisos II e IV, do mesmo Diploma Legal.

⁶¹ BITTENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal*. v. 1. 25. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 1.002.

⁶² **Súmula nº 191** – “A pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime”. (Súmula 191, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/06/1997, DJ 01/08/1997)

⁶³ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. v. 3. Campinas: Millennium, 2002. p. 480.

autoria ou participação e da materialidade dos fatos, haverá interrupção a prescrição por incidência do disposto no artigo 117, inciso II, do Estatuto Repressor.

A quarta causa interruptiva da prescrição (artigo 117, inciso IV, do Código Penal), publicação da sentença ou acórdão condenatório recorríveis, é foco de intensa discussão doutrinária e jurisprudencial que se protraí no tempo. A redação original conferida ao dispositivo em comento inaugurou a elaboração de divergentes entendimentos jurídicos, não pacificados até os tempos atuais. Com o advento da Lei nº 11.596, de 29 de novembro de 2007, ao contrário do que intentou o Legislador, conforme será demonstrado à frente, tal debate avolumou-se sobremaneira que, ainda hoje, há discordância entre os tribunais pátrios.

A quinta causa (artigo 117, inciso V, do Código Penal), relativa o início ou continuação do cumprimento da pena, por sua vez, encontra fundamento na inexistência de inércia estatal, posto que a reprimenda estará em execução. Dessarte, a fixação de novo marco inicial do prazo prescricional quando do trânsito em julgado da sentença, conforme dispõe o artigo 112, inciso I, primeira parte, do Código Penal⁶⁴, pode ser entendido como precaução do Legislador, que anteviu a possibilidade do período prescricional restante à época da estabilização dos efeitos da decisão penal condenatória ser inferior ao *quantum* imposto ao condenado. A causa interruptiva, portanto, observa o período transcorrido entre o trânsito em julgado e a efetiva execução da pena.

Ressalva o artigo 117, § 2º, do Estatuto Repressor, sua incidência sobre o marco interruptivo em comento, de modo que se deve considerar como reiniciado o prazo prescricional no dia da interrupção em relação às demais causas elencadas pelo dispositivo supracitado.

A interrupção pautada na continuação do cumprimento da reprimenda, lado outro, se refere às hipóteses de evasão do reeducando do regime prisional ao qual está submetido ou de revogação do benefício do livramento condicional. Assim, nos termos do artigo 112, incisos I, segunda parte, e II, primeira parte, do Código Penal⁶⁵, de modo semelhante ao exposto alhures,

⁶⁴ **Art. 112** No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:

I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação (...); (BRASIL, 1940).

⁶⁵ **Art. 112** No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:

I - do dia em que transita em julgado a sentença (...) 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. (BRASIL, 1940).

considera-se marco inicial do cálculo prescricional o dia em que a execução se interrompe. Nesta toada, o artigo 113 do mesmo Diploma Legal⁶⁶ preceitua, em homenagem ao princípio do *ne bis in idem*, que a prescrição deverá se pautar no tempo restante de pena a ser cumprido. A recaptura do fugitivo, então, constitui marco interruptivo da prescrição, nos termos do artigo 117, inciso V, do Estatuto Repressor.

Por fim, a sexta causa interruptiva da prescrição (artigo 117, inciso VI, do Código Penal) se orienta pela reincidência⁶⁷ do condenado. Prefacialmente, cumpre destacar que a reincidência como marco interruptivo da contagem de prazo prescricional não se confunde com a reincidência descrita pelo artigo 110, *caput*, do Código Penal⁶⁸.

Esta se refere a momento anterior à condenação definitiva do agente, relativo ao *ius puniendi* estatal, atuando sobre o *prazo* a ser considerado para fins de cálculo prescricional, nos termos do artigo 109 do Código Penal, é propulsionada pela existência de prévia condenação estabilizada anterior à data dos fatos contemporâneos.

Aquela, causa interruptiva da prescrição incidente sobre o *ius punitiois* do Estado, denominada “prescrição futura”, age em resposta ao cometimento de nova conduta delitiva *após* o trânsito em julgado da sentença condenatória em questão e não incide, nesta, sobre o *quantum* a ser considerado para fins prescricionais⁶⁹.

Existe considerável debate doutrinário relativo ao momento em que se opera o marco interruptivo da prescrição em comento, prevalecendo a corrente que considera a data da prática

⁶⁶ **Art. 113** No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena. (BRASIL, 1940).

⁶⁷ Regulada pelos artigos 63 e 64 do Código Penal, a reincidência deve ser entendida como a característica do agente que, após a estabilização de condenação penal imposta pelo Estado brasileiro ou por Estado estrangeiro, incorre em nova conduta delitiva. Frise-se, portanto, que a reincidência se opera na data do cometimento da infração penal contemporânea e que a condenação anterior deve, necessariamente, ter sido passada em julgado anteriormente ao advento dos novos fatos. Caso contrário, sobrevivendo condenação, o acusado deverá ser tratado como réu primário. Acrescenta o inciso II do artigo 64 do Estatuto Repressor que os crimes políticos e os crimes militares próprios – classificação doutrinária relativa aos delitos que somente podem ser cometidos por militares, a exemplo do crime de abandono de posto (Artigo 195 do Código Penal Militar) – não devem ser considerados para fins de reincidência penal. Urge destacar, ainda, o efeito promovido pelo denominado “período depurador”, nos termos do inciso I do artigo em comento: após o transcurso de prazo superior a 5 (cinco) anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e o delito superveniente, o agente retorna a seu *status* inicial de primariedade, sendo classificado como “tecnicamente primário”.

⁶⁸ **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. (BRASIL, 1940).

⁶⁹ JESUS, Damásio E. de. *Prescrição penal*. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 127.

da nova conduta delitiva, “*embora fique o seu reconhecimento pelo juiz condicionado à condenação definitiva*”⁷⁰.

Salienta o magistério de Guilherme de Souza Nucci⁷¹, em esclarecimento às disposições do artigo 117, § 1º, primeira parte, do Código Penal, que as causas interruptivas da prescrição da pretensão executória estatal são comunicáveis:

Quando houver o recebimento da denúncia ou da queixa, a pronúncia, a decisão confirmatória da pronúncia ou a sentença condenatória recorrível relativamente a um dos coautores de um delito, a interrupção se comunica, alcançando todos. Significa que o Estado manifestou a tempo o seu interesse em punir, mantendo a sua pretensão de punir os demais, bastando que os encontre a tempo.

Entretanto, as causas dos incisos V e VI do art. 117 do CP são pessoais, vale dizer, se vários corréus são condenados e um deles foge, é óbvio que a prescrição da pretensão executória só envolve a sua pessoa, e não a dos demais, que cumprem penal. O mesmo se dá com a reincidência: se todos estão foragidos, é possível que um deles se torne reincidente, mas não os demais.

Outrossim, estatui o artigo 117, § 1º, segunda parte, do Código Repressor, que eventual marco interruptivo do transcurso prescricional aplicável a crimes conexos produzirá, também, efeitos sobre os demais crimes que sejam objeto do mesmo processo. Desta forma, o recebimento de aditamento à denúncia ou à queixa-crime para incluir coautores, partícipes ou crime conexo possuirá o condão de interromper a prescrição em relação a todos os crimes⁷².

III. O ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA CONDENAÇÃO

Expostas as noções fundamentais acerca do instituto da prescrição penal e suas nuances, cumpre averiguar as razões que acarretaram o processo de renovação da redação do artigo 117, inciso IV, do Código Penal, operado pela vigência da Lei nº 11.596, de 29 de novembro de 2007, e suas consequências frente à produção jurídica nacional.

i. Ponderações acerca da Lei nº 11.596/2007

As causas interruptivas da prescrição dispostas pelo Código Penal, conforme exposto alhures, são instrumentos processuais, pautados no reinício do cômputo da fluência

⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º ao 120 do Código Penal*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1.002.

⁷¹ Op. Cit. p. 991.

⁷² Op. Cit. p. 991.

prescricional aplicável à espécie, que serve, entre outros, a dois fins principais: (a) a aferição e, neste ponto, a fiscalização indireta da atividade jurisdicional repressora exercida pelo Estado; e (b) a garantia de punibilidade do agente enquanto a justiça e a proporcionalidade da reprimenda imposta são questionadas pelas partes.

Anteriormente à publicação da Lei nº 11.596, de 29 de novembro de 2007, existia vasta produção jurisprudencial, orientada precipuamente pelo posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o acórdão confirmatório da condenação, ainda que redimensionasse a pena aplicada – contanto que o novo quantum não produzisse alteração no período prescricional aplicável –, não possuía o condão de interromper o lapso prescricional. O artigo 117 do Código Penal vigorava, então, com a seguinte redação⁷³:

Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se:
[...]
IV – pela sentença condenatória recorrível;
[...]

Defendia a Corte Superior que, à míngua de previsão legal expressa, era vedado ao Poder Judiciário extrapolar suas funções constitucionalmente atribuídas, nos termos dos artigos 2º e 92 e seguintes, todos da Carta Maior, de forma que não caberia ao órgão judicante inovar legislativamente e aplicar causa de interrupção da prescrição não disposta pelo artigo 117, inciso IV, do Código Penal.

Acrescente-se que, em resposta às formulações voltadas à natureza recorrível do Acórdão confirmatório da sentença de primeiro grau, era cediço que, nas palavras do e. Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Assis Toledo⁷⁴:

(...) o legislador penal instituiu como causa interruptiva ‘a sentença condenatória recorrível’ e isso (...) deve ter algum sentido, pois, em princípio, ‘não existe sentença condenatória irrecorrível’, salvo se proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Esse sentido (...) pode ser encontrado se interpretarmos o dispositivo legal em exame como endereçado à condenação pela primeira vez proferida no processo, seja de que instância for. Ficam de fora, portanto, as decisões de instâncias superiores meramente

⁷³ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 26 set. 2019. Art. 117.

⁷⁴ Trecho do voto proferido pelo e. Ministro Relator Assis Toledo por ocasião do julgamento do **REsp nº 9.158/SP**, Quinta Turma, julgado em 15/05/1991, DJe 10/06/1991. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100048380&dt_publicacao=10-06-1991&cod_tipo_documento=3. Acesso em: 29 ago. 2019.

confirmatórias. A não ser assim, estar-se-ia, na dúvida, aplicando ampliativamente, contra o réu, um preceito que, pela sua natureza, deve ser interpretado restritivamente.

Nesta toada, lecionava a doutrina de Guilherme Souza Nucci⁷⁵, ladeando o posicionamento adotado pelos tribunais superiores, que o termo até então vigente na norma, “sentença condenatória recorrível”, deveria ser entendido tanto como a decisão de primeiro grau quanto o acórdão de segundo grau que, reformando a decisão combatida pelas partes, inove na condenação do réu, posto inexistir diferença ontológica entre eles. Frisou o autor, à época, que *“deveria, também, ter sido colocado como marco interruptivo da prescrição, tendo em vista que os recursos levam muito tempo para serem julgados atualmente, a decisão do tribunal que confirma ou impõe condenação”*.

O entendimento prevaemente era enfrentado, todavia, por corrente minoritária adotada por doutrinadores e juristas do Superior Tribunal de Justiça⁷⁶ e do Supremo Tribunal Federal⁷⁷. Filiando-se ao magistério de José Frederico Marques, defendia a doutrina de Edgard Magalhães Noronha que *“o acórdão embargado é também sentença recorrível e, portanto, interrompe a prescrição”*⁷⁸. Semelhante modo, insurgiu-se o e. Ministro José Dantas⁷⁹, na mesma ocasião do voto transcrito alhures, proferido pelo e. Ministro Assis Toledo, exprimindo apoio *“à corrente que dá por interruptiva da prescrição qualquer que seja a decisão condenatória recorrível, e igualmente o acórdão da condenação em segundo grau”*.

Em 29 de setembro de 2005, dada a excessiva quantidade de decisões declaratórias da extinção da punibilidade de agentes por incidência da prescrição intercorrente, o então Senador do PL/ES, Magno Malta, propôs o Projeto de Lei (PL) nº 5.973/2005, almejando a alteração do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, fazendo constar no rol de causas interruptivas da prescrição o termo “acórdão condenatório recorrível”.

⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 359.

⁷⁶ REsp nº 2.753/RJ, Rel. Ministro José Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/06/1990, DJe 06/08/1990; REsp nº 3.021/PR, Rel. Ministro José Dantas, Quinta Turma, julgado em 06/06/1990, DJe 06/08/1990.

⁷⁷ HC nº 76.185/SP, Rel. Ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma, julgado em 10/03/1998, DJe 17/04/1998.

⁷⁸ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 371.

⁷⁹ Trecho do voto proferido pelo e. Ministro José Dantas por ocasião do julgamento do REsp nº 9.158/SP, Quinta Turma, julgado em 15/05/1991, DJe 10/06/1991. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100048380&dt_publicacao=10-06-1991&cod_tipo_documento=3. Acesso em: 29 ago. 2019.

Ao apreciar a constitucionalidade, a juridicidade e a boa técnica legislativa do PL em comento, a Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC) concluiu, à unanimidade, pela assertividade da alteração⁸⁰, destacando que:

Quanto ao mérito, entendemos que o Projeto é benéfico e atualiza o sistema penal brasileiro. A questão da prescrição superveniente é de fato um entrave à celeridade processual e permite, muitas vezes, a impunidade do réu.

Com a especificação proposta na proposição ora analisada, não só se fixa o momento preciso da interrupção da prescrição como também se dilata esse prazo, diminuindo as chances de ocorrência da prescrição superveniente.

O texto atual do Código Penal se refere à sentença condenatória recorrível. O Projeto passa a fixar a data da publicação, não deixando margem a dúvidas quanto ao momento da sentença, que será o da publicação, e não o de sua prolação.

Também o Projeto inclui, nesse inciso, a publicação do acórdão condenatório recorrível, contemplando a hipótese de confirmação de condenação de primeira instância em grau recursal.

A jurisprudência predominante, no Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de considerar o acórdão que confirma a sentença de condenação como de natureza meramente declaratória. Isto se dá porque a legislação processual não contempla essa hipótese como causa de interrupção da prescrição e não compete ao juiz legislar, criando novas modalidades de causas de interrupção da prescrição. Esta função compete ao legislador, daí por que a elaboração desta proposta, com a finalidade de acrescentar, ao Código Penal, uma nova causa de interrupção da prescrição superveniente, para aperfeiçoar o sistema vigente, sobretudo diante da morosidade da prática de certos atos.

Dessa maneira, permite-se que a interposição de recursos meramente protelatórios sirva ao propósito de alcançar a prescrição superveniente. Com a previsão feita neste Projeto, renova-se a contagem do prazo, no momento do acórdão confirmatório, estreitando o lapso temporal que poderia provocar a prescrição superveniente. Com a sobrecarga de processos no Judiciário, a publicação do acórdão pode demorar a ser efetivada, diante do que o condenado acabaria por se escudar na morosidade da burocracia estatal, para obter a impunidade. O Projeto é benéfico, ao impedir essa estratégia protelatória, além de aclarar a disposição legal acerca do momento inicial de contagem do lapso prescricional. (Destacamos).

Após o regular trâmite da proposta, foi sancionada pelo então Presidente da República, exmo. Luiz Inácio Lula da Silva, a lei ordinária nº 11.596, que passou a vigorar em 29 de novembro de 2007. O artigo 117 do Código Penal ostenta, desde aquela data, a seguinte redação⁸¹:

Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:
[...]

⁸⁰Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F557E7F82B0CC40B69A6056EAB5E0E90.proposicoesWebExterno2?codteor=468779&filename=Tramitacao-PL+5973/2005. Acesso em: 30 ago. 2019.

⁸¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 26 set. 2019. Art. 117.

IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis; (**Redação dada pela Lei nº 11.596, de 2007**).

[...]

Em homenagem ao princípio da irretroatividade da lei penal, consagrado pelo artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal⁸², era assente a produção jurídica nacional no sentido de que a *novatio legis* não poderia ser aplicada a crimes cometidos antes de sua entrada em vigência, posto se tratar de norma de caráter patentemente penal⁸³. Na prática, todavia, não houve prejuízo à apreciação pelos tribunais da matéria, porquanto, de modo diametralmente contrário ao que intentou o legislador, sob a ótica jurídica majoritária, a redação dada ao novo dispositivo legal meramente positivou o entendimento prevalecente à época⁸⁴.

Desta forma, explanou a e. Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Maria Thereza de Assis Moura⁸⁵, que “a alteração trazida pela Lei 11.596/07 apenas tornou textual o que já era reiteradamente aplicado no processo penal, no sentido de que interrompe o lapso prescricional tanto a sentença condenatória quanto o acórdão condenatório”.

O atual magistério de Guilherme de Souza Nucci⁸⁶, de maneira semelhante ao lecionado desde o advento da referida norma, defende que o acórdão condenatório não pode, sob pena de claro prejuízo ao réu, se confundir com o acórdão confirmatório da condenação, *in verbis*:

E quanto ao acórdão confirmatório da decisão condenatória? Não foi incluído na alteração. Logo, nesse caso, não se pode utilizá-lo para a interrupção da prescrição. Seria uma interpretação extensiva desnecessária e contrária aos interesses do réu.

⁸² **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XL – A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. (BRASIL, 1988).

⁸³ **HC nº 165.546/ES**, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 27/03/2012, DJe 09/04/2012; **HC nº 230.281/ES**, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 05/06/2012, DJe 12/06/2012; **HC nº 111.502/AC**, Rel. Ministra Jane Silva (desembargadora convocada do TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 21/10/2008, DJe 10/11/2008.

⁸⁴ **AgRg no REsp nº 710.552/MT**, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 11/12/2009, DJe 01/02/2010; **EDcl no REsp nº 579.854/SP**, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011; **HC nº 152.373/RO**, Rel. Ministro Campos Marques (desembargador convocado do TJ/PR), Quinta Turma, julgado em 26/02/2013, DJe 05/03/2013; **RHC nº 112.687/MS**, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 09/04/2014, DJe 26/05/2014; **HC nº 135.671 AgR**, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 02/12/2016, DJe 16/02/2017.

⁸⁵ Trecho do voto proferido pela e. Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura por ocasião do julgamento do **AgRg no REsp nº 710.552/MT**, julgado em 11/12/2009 pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJe 01/02/2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=935043&num_regist ro=200401772849&data=20100201&formato=PDF. Acesso em: 24 set. 2019.

⁸⁶ NUCCI, Guilherme Souza. *Código Penal Comentado*. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 705.

Olvidou-se boa oportunidade para tê-lo incluído também como causa interruptiva da prescrição. Nem se diga que acórdão condenatório é o mesmo que acórdão confirmatório da condenação. Com a devida vênia, não é. O acórdão condenatório está em contraposição à sentença absolutória de primeira instância. Caso a decisão do colegiado simplesmente mantenha o que foi concretizado em primeiro grau, é acórdão confirmatório, embora substitua a sentença para efeito de cumprimento em execução. Certamente, surgirão posições a defender – e suprir as falhas do legislador – ser o acórdão confirmatório da condenação um acórdão condenatório, somente porque, na essência, encerra um título executório espelhando uma sanção penal aplicada. Porém, assim sendo, poder-se-ia ampliar ainda mais o marco interruptivo da prescrição, estendendo o sentido para as demais decisões proferidas por colegiado de instância superior. Imagine-se que a parte recorre e obtém uma decisão colegiada (acórdão) do STJ ou do STF, confirmando a decisão condenatória de 2.º grau, de qualquer modo (inclusive, rejeitando, por exemplo, em agravo regimental, o processamento de recurso especial ou extraordinário). As decisões dos Tribunais Superiores também seriam aptas a interromper a prescrição. Afinal, o termo “recorrível”, uma vez que foi utilizado, inclusive, para o acórdão, haverá de comportar tanto o recurso especial quanto o extraordinário. Outra interpretação não se adaptaria, pois inexistente recurso ordinário contra acórdão condenatório, proferido em segunda instância. A ampliação da interrupção da prescrição, em prejuízo do réu, seria evidente. O legislador fez incluir somente o “acórdão que condena” (leia-se, pela primeira vez) e não aquele que “confirma” condenação já existente. Se for considerado este último como abrangido pela reforma da Lei 11.596/2007, nada impede que todo e qualquer outro acórdão que, de algum modo, confirme a decisão condenatória anterior possa servir de marco interruptivo da prescrição. Tal medida iria eliminar, na prática, a existência da prescrição intercorrente. Não nos parece adequado ampliar o significado da expressão “acórdão condenatório”, na exata medida em que implicaria em desnecessária interpretação extensiva contra o réu. (Destacamos).

Urge salientar, todavia, a doutrina de José Frederico Marques⁸⁷:

“*Quid*, se há recurso extraordinário?

Por tratar-se de recurso sem efeito suspensivo, é ele irrelevante para a prescrição. Se o réu foi condenado e recorre extraordinariamente, o processo executório é logo iniciado e a prescrição se assentara na pena *in concreto* a partir do momento em que se inicia o cumprimento da sanção penal, ou em que se continua o cumprimento antes começado (art. 117, n.º V, combinado com o art. 117, § 2º). Não há assim, nenhuma influência da interposição do aludido recurso no tocante à interrupção do prazo prescricional.”

Entendimento majoritário desde então, ainda que amplamente combatido pelo Ministério Público da União por intermédio de seus órgãos, prevalece pacificamente no Superior Tribunal de Justiça o posicionamento original de que o acórdão confirmatório da condenação, por inexistência de previsão legal expressa, não possui o condão de interromper o compute prescricional. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em contraposição ao entendimento sedimentado daquela Corte Suprema e da Corte Superior, vem, notadamente

⁸⁷ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. v. 3. Campinas: Millennium, 2002. p. 481.

entre os anos de 2017 a 2019, se posicionando favoravelmente à constitucionalidade da interrupção do transcurso prescricional pelo acórdão que confirma a reprimenda.

ii. Jurisprudência da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal

Notadamente a partir do julgamento do Habeas Corpus nº 138.088/RJ, dado em 19/09/2017 e publicado em 27/11/2017, a Primeira Turma do Pretório Excelso se inclinou à corrente doutrinária e jurisprudencial minoritária, entendendo que, através de uma interpretação sistemática da norma, o acórdão confirmatório da condenação é causa interruptiva da prescrição, nos termos do artigo 117, inciso IV, do Código Penal. O *writ* em comento restou ementado da seguinte forma:

HABEAS CORPUS. ALEGADA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE INTERROMPE O CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE.

1. A ideia de prescrição está vinculada à inércia estatal e o acórdão que confirma a sentença condenatória, justamente por revelar pleno exercício da jurisdição penal, é marco interruptivo do prazo prescricional, nos termos do art. 117, IV, do Código Penal. Acrescente-se que a decisão proferida pelo Tribunal em sede de apelação substitui a sentença recorrida, consoante reiteradamente proclamado em nossa legislação processual (art. 825 do CPC/1939; art. 512 do CPC/1973; art. 1.008 do CPC/2015). Entendimento firmado à unanimidade pela Primeira Turma.

2. Manutenção da posição majoritária do STF. No julgamento do HC 126.292/SP (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 17/5/2016), o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL concluiu que a execução provisória de condenação penal confirmada em grau de apelação, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. Esse entendimento foi confirmado no julgamento das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44 (julgadas em 5/10/2016), oportunidade na qual se decidiu, também, pelo indeferimento do pedido de modulação dos efeitos. No exame do ARE 964.246 (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 25/11/2016), pelo rito da repercussão geral, essa jurisprudência foi também reafirmada.

3. Habeas corpus denegado.⁸⁸

A exemplo do que expôs o e. Ministro Marco Aurélio por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 751.394/MG, ocorrido em 28/05/2013 e publicado em 28/08/2013, em remissão a debate levantado no Habeas Corpus nº 109.966/SP, julgado em 13/12/2011 e publicado em 06/03/2012, a adoção de entendimento divergente por membros daquela Corte Suprema remonta há período muito anterior ao ano de 2017, *ipsis litteris*⁸⁹:

⁸⁸ HC nº 138.088/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio, Rel. para o Acórdão: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 19/09/2017, DJe 27/11/2017.

⁸⁹ RE nº 751.394/MG, Rel. Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 28/08/2013.

A única colocação que faço é a seguinte: a sentença existe como título condenatório? Não. Ela foi substituída, a teor do disposto no artigo 512 do Código de Processo Civil – aplicável, subsidiariamente –, pelo acórdão.

O que se executará será o acórdão e não a sentença. Por isso, a meu ver, a Lei nº 11.596/2007 apenas explicitou, no inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o acórdão como fator interruptivo da prescrição, que poderia ser impugnado, como o foi. Estamos diante de recurso extraordinário. Não sei se houve a protocolação também do especial para o Superior Tribunal de Justiça. Por isso, penso que não cabe desprezar o acórdão como fator interruptivo.

Destarte, em todas as decisões que procederam o julgamento referido no parágrafo inicial⁹⁰, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal defendeu com afinco a classificação do acórdão que meramente confirma a condenação como hipótese de interrupção da prescrição, hasteando fundamentos tais quais o respeito à garantia constitucional do devido processo legal, a inexistência de inércia estatal e a necessidade de interpretação sistemática norma.

a. Devido processo legal

O princípio do devido processo legal, corolário constitucional positivado no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal⁹¹, eleva a caráter fundamental a garantia conferida a todos os integrantes da sociedade de que não serão levados a cárcere ou privados de seus bens sem prévia apreciação da controvérsia por autoridade competente.

Para além de interpretação restrita ao dispositivo constitucional supramencionado, o devido processo legal compreende uma gama indeterminável de normas e regramentos que, juntos, convergem ao fim de assegurar ao cidadão a segurança jurídica que se espera de um Poder Judiciário ativo e, tanto quanto for possível se aferir, justo. Nesse sentido, pontua a doutrina de Ada Pellegrini Grinover⁹²:

⁹⁰ **HC nº 136.392/DF**, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 03/10/2017, DJe 18/10/2017; **ARE nº 1.130.096/RS AgR**, Rel. Ministro Marco Aurélio, Rel. para o Acórdão: Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 07/08/2018, DJe 14/09/2018; **ARE nº 1.130.096/DF AgR**, Rel. Ministro Marco Aurélio, Rel. para o Acórdão: Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 07/08/2018, DJe 14/09/2018; **HC nº 147.625/SP**, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 13/11/2018, DJe 28/02/2019; **RE nº 1.182.718/RS AgR**, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 15/03/2019, DJe 27/03/2019; **RE nº 1.210.553/RS ED**, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 28/06/2019, DJe 05/08/2019.

⁹¹ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (BRASIL, 1988).

⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo III Série - estudos e pareceres de processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 8.

Hoje, mais do que nunca, a justiça penal e a civil são informadas pelos dois grandes princípios constitucionais: o acesso à justiça e o devido processo legal. Destes decorrem todos os demais postulados necessários para assegurar o direito à ordem jurídica justa. Até porque, apesar de minuciosa, a nova Constituição do Brasil ainda preservou a fórmula norte-americana dos direitos implícitos, ao advertir, no § 2º, do art. 5º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

E sempre sobra espaço para desdobramentos das garantias expressas, por mais minucioso que seja o rol. Lembre-se, por exemplo, o direito à prova, não explicitado, mas integrante da garantia do devido processo legal, como corolário do contraditório e da ampla defesa.

Nesta toada, assevera Rogério Lauria Tucci⁹³ que o espírito do devido processo penal é evidenciado através do cotejo das garantias constitucionais previstas no artigo 5º da Carta Maior, precipuamente os princípios do *acesso à justiça*, do *juiz natural*, do *tratamento paritário* dispensado aos litigantes, da *plenitude de defesa*, da *publicidade* de todos os atos processuais, da *motivação* das decisões judiciais, da *razoável duração do processo* e da *legalidade* da execução penal.

Repise-se que as garantias e direitos constitucionais sobressaem a esfera subjetiva das partes, compondo o cerne do próprio processo, considerado de maneira objetiva, devendo ser entendidas como fatores legitimadores da jurisdição.⁹⁴

Consoante exposto em tópico anterior, a interposição de recursos protelatórios, por vezes, constitui estratégia defensiva que, ciente da morosidade típica dos tribunais superiores em apreciar recursos que não ostentem caráter de urgência, almeja simplesmente o transcurso do tempo para, ao final, alcançar declaração de extinção da punibilidade do agente.

Por certo, a inclusão do acórdão confirmatório da condenação em primeira instância recursal, ainda que não extermine todas as possibilidades de incidência da prescrição intercorrente, as diminui consideravelmente, posto que, sobrecarregados por uma imensa demanda inerentemente complexa atribuída pela Constituição Federal em seus artigos 102 e 105, os tribunais superiores contariam com lapso temporal superior para apreciar a controvérsia.

O Ministério Público Federal, guardião da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos do artigo 127 da Carta Maior,

⁹³ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 70/71.

⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo III Série - estudos e pareceres de processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 6.

manifestando expresso apoio à vertente adotada pela Primeira Turma do Pretório Excelso, por intermédio de sua 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR2), órgão setorial de coordenação, integração e revisão do exercício funcional no âmbito da instituição, editou a Orientação nº 33, *ipsis litteris*:

CONSIDERANDO a decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 138.088/RJ (...) ORIENTA os membros do Ministério Público Federal com atuação na área Criminal sob sua coordenação, respeitada a independência funcional, que sustentem, em todas as instâncias, a tese de que o acórdão confirmatório da condenação de primeira instância, independentemente da manutenção, majoração ou redução da pena imposta, interrompe o curso do prazo prescricional.⁹⁵

A desconsideração do acórdão que confirma a condenação, à ótica do princípio constitucional da razoável duração do processo, reflete ofensa à sistemática judiciária, posto que equivale a penalizar o aparato estatal por suposta mora enquanto este, ativamente atuante, pronunciou-se acerca da matéria oportunamente. Em outras palavras, pune-se o Poder Público por, ainda que após fomentar a assertividade e irretocabilidade da decisão originária, facultar ao sentenciado o direito de alçar revisão do pronunciamento unânime das instâncias ordinárias, conferindo, assim, efetividade aos direitos fundamentais do réu ao contraditório e à ampla defesa, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Carta Maior.

Tal perspectiva perverte a natureza do princípio do devido processo legal que, para além de direito subjetivo das partes litigantes, é pressuposto de validade do processo como um todo, maculando, por conseguinte, a dinâmica do sistema jurídico.

b. Inexistência de inércia estatal

Revisite-se os ensinamentos de Damásio de Jesus⁹⁶, segundo o qual a prescrição é “*a perda do poder-dever de punir do Estado pelo não exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória durante certo tempo*”.

Ora, não se deve confundir a inércia do Estado narrada acima com a incapacidade do Poder Judiciário em apreciar a demanda em tempo oportuno, notadamente quando os processos

⁹⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2ª CCR. *Orientação nº 33*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-no-33-orienta-sobre-a-defesa-da-tese-de-que-o-acordao-confirmatorio-da-condenacao-interrompe-o-prazo-prescricional.pdf>. Acesso em: 28 set. 2019.

⁹⁶ JESUS, Damásio E. de. *Prescrição penal*. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 33.

em questão são remetidos aos tribunais superiores com, não raro, considerável parte do prazo prescricional comprometida. Em relação ao tema, manifestou-se o e. Ministro Alexandre de Moraes⁹⁷ no julgamento em análise:

No art. 117 do Código Penal – que deve ser interpretado de forma sistemática – todas as causas interruptivas da prescrição demonstram, em cada inciso, que o Estado não está inerte. Confira-se: a decisão da pronúncia interrompe a prescrição (inciso II); a decisão confirmatória da pronúncia também interrompe a prescrição (inciso III); e, na sequência, de forma genérica, o inciso IV apresenta como causa interruptiva ‘a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis’.

Não obstante a posição de parte da doutrina, o Código Penal não faz distinção entre acórdão condenatório inicial e acórdão condenatório confirmatório da decisão. E nem seria razoável fazê-lo. Veja-se, pelos seguintes exemplos, em que resultaria essa distinção: (a) um indivíduo é absolvido em primeira instância e vem a ser condenado pelo Tribunal – nesse caso, o acórdão teria força para interromper a prescrição; (b) um indivíduo é condenado em primeiro grau e vem a ser também condenado em segundo grau (ou seja, com uma certeza ainda maior) – esse acórdão seria ignorado para efeitos prescricionais. Não há, sistematicamente, justificativa para tratamentos díspares. A ideia de prescrição está vinculada à inércia estatal e o que existe na confirmação da condenação, muito pelo contrário, é a atuação do Tribunal. Consequentemente, se o Estado não está inerte, há necessidade de se interromper a prescrição para o cumprimento do devido processo legal.

E complementou o e. Ministro Luiz Fux⁹⁸, “*a prescrição está intimamente vinculada à inércia, e aqui não houve inércia, pelo contrário, houve recurso, e também essa manifestação*”.

Em lição importada do direito processual civil, salientam Arnaldo Rizzardo, Carine Ardissonne Rizzardo e Arnaldo Rizzardo Filho⁹⁹, que a inércia de que trata o evento prescricional deve decorrer de desídia das partes, não devendo ser imputada à demora judiciária. *In verbis*:

De observar que deve debitar-se a inércia ao titular do direito, e não aos órgãos jurisdicionais a quem incumbe o cumprimento dos atos processuais. Se o cartório não atende à determinação judicial, não é do autor da demanda a inércia, embora ponderável esperar do mesmo as diligências visando o atendimento. Ao autor deve recair a culpa em razão de sua negligência em providenciar a imposição vinda do juízo, o que é diferente se o cartório se mostra negligente.

Por óbvio, tal entendimento não pode se estender por completo à esfera penal, seja em razão da proteção acentuada conferida às garantias fundamentais do acusado neste âmbito jurídico, precipuamente seu direito à liberdade, nos termos do artigo 5º, *caput*, da Constituição

⁹⁷ HC nº 138.088/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio, Rel. para o Acórdão: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 19/09/2017, DJe 27/11/2017.

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ RIZZARDO, A., RIZZARDO FILHO, A., RIZZARDO, C. A. *Prescrição e decadência*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 46.

Federal, seja porque frequentemente o papel da acusação é exercido pelo *Parquet*, órgão pertencente ao maquinário estatal.

É de se destacar, entretanto, que não parece correto reputar ao Guardião da Lei ou, quando o caso, à acusação privada, que oportunamente e em respeito às normas processuais penais, exerceu seu direito à ação e conquistou a procedência de sua pretensão punitiva, inércia. Tal injustiça é agravada ao se concluir, consoante exposto alhures, que a declaração de extinção da punibilidade decorrente da incidência da prescrição superveniente possibilitada pela não interrupção do transcurso prescricional por ocasião do acórdão que confirma a condenação, por vezes, é fruto de estratégia defensiva consubstanciada na interposição de recursos protelatórios.

c. Interpretação sistemática da norma

Pontua a lição de Ricardo Maurício Freire Soares¹⁰⁰ que a interpretação sistemática da norma, hasteada pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, se fundamenta na premissa de que a norma deve ser lida à luz dos demais dispositivos normativos que orientam o sistema jurídico como um todo, almejando-se aferir, ao final, o sentido da lei, *in verbis*:

(...) pode ser utilizada a técnica lógico-sistemática, que consiste em referir o dispositivo normativo ao contexto normativo mais amplo do qual faz parte, correlacionando, assim, a norma à totalidade do sistema jurídico e até de outros ordenamentos jurídicos paralelos, conformando, assim, o chamado direito comparado. Em se tratando de interpretação lógico-sistemática de um diploma legal, deve-se, portanto, cotejar o preceito normativo com outros do mesmo diploma legal ou de legislações diversas, mas referentes ao mesmo objeto, visto que, examinando as prescrições normativas, conjuntamente, é possível verificar o sentido de cada uma delas.

Sendo assim, não se pode interpretar o comando normativo de modo isolado, devendo ele ser compreendido e aplicado em contato com as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, seja no plano horizontal, seja no plano vertical do sistema hierárquico da ordem jurídica.

Nesta toada, repise-se que o Legislador explicitou, em diversos momentos durante a tramitação do Projeto de Lei nº 5.973/2005, seu desígnio de constituir como causa de interrupção da prescrição, também, o acórdão confirmatório da condenação. Assim, em remissão ao parecer exarado pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC)

¹⁰⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 49.

transcrito alhures, cumpre destacar trecho do voto do e. Ministro Alexandre de Moraes¹⁰¹ no *writ* em comento:

Esse entendimento se reforça ainda mais com a constatação de que a Lei 11.596/2007 alterou a redação do inciso IV do art. 117 do Código Penal, acrescentando ao termo “sentença condenatória”, como fator de interrupção dessa prescrição, a expressão “acórdão condenatório”. O propósito da modificação emerge da leitura da Justificação do Projeto de Lei nº 401/2003 (publicação no Diário do Senado Federal nº 153, em 24/9/2003), que culminou na edição da Lei 11.596/2007:

A alteração proposta produz impacto na denominada prescrição intercorrente ou superveniente (art. 110, § 1º, do Código Penal), que ocorre após a prolação da sentença condenatória recorrível. Pretende-se evitar, com efeito, a interposição de recursos meramente protelatórios às instâncias superiores, uma vez que a publicação do acórdão condenatório recorrível, doravante, interromperá o prazo prescricional, zerando-o novamente.

Sabemos que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tem prevalecido o entendimento de que o acórdão confirmatório da condenação de primeira instância não é causa interruptiva da prescrição, justamente por conta da ausência de expressa previsão legal. A presente proposição, nesse sentido, contribuirá para dirimir os conflitos de interpretação, consolidando a posição mais razoável, de que o acórdão confirmatório da sentença recorrível também interrompe o prazo da prescrição intercorrente.

Note-se bem que a interrupção da prescrição dar-se-á pela simples condenação em segundo grau, seja confirmando integralmente a decisão monocrática, seja reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta. Assim, diminuir-se-ão as possibilidades de ocorrência da prescrição intercorrente pela estratégia de interposição dos Recursos Extraordinário e Especial, posto que a contagem do prazo prescricional será renovada a partir do acórdão condenatório, qualquer que seja a pena fixada pelo tribunal.

Por fim, nos termos dos demais argumentos esposados durante o julgamento do Habeas Corpus nº 138.088/RJ e nos julgados que o seguiram, é de se salientar o famigerado brocardo jurídico segundo o qual “o legislador não se vale de palavras vazias”, de modo que, ao inserir na redação do artigo 117, inciso IV, do Estatuto Repressor o termo “acórdão condenatório recorrível”, intentou-se tanto a sedimentação da jurisprudência nacional, no sentido de que a decisão colegiada é, também, causa interruptiva da prescrição, quanto a resolução da controvérsia relativa ao acórdão confirmatório da condenação.

Frise-se, em resposta aos argumentos levantados pela corrente majoritária, no sentido de que, se o Legislador, de fato, desejasse incluir o acórdão confirmatório como causa interruptiva da prescrição, não teria se valido da terminologia “acórdão condenatório”, já amplamente utilizada à época em referência ao acórdão que inova ao condenar do agente, que, ainda que se

¹⁰¹ HC nº 138.088/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio, Rel. para o Acórdão: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 19/09/2017, DJe 27/11/2017.

ignorasse o teor dos pareceres e da justificativa produzidos durante o processo legislativo, é forçoso conceber que o Poder Legislativo, em meio à demanda social infundável à qual está submetido, tenha reservado tempo à mera positivação de entendimento pacificado pelos tribunais superiores.

iii. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

Após o advento da Lei nº 11.596/2007, o Superior Tribunal de Justiça perfilhou entendimento pautado na mera positivação da jurisprudência sedimentada dos tribunais pátrios, mantendo posicionamento contrário ao reconhecimento do acórdão confirmatório da condenação em instância superior como causa de interrupção da prescrição. Veja-se ementa do Habeas Corpus nº 111.502/AC, julgado em 21/10/2008 e publicado em 10/11/2008:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CONTRABANDO E ILEGAL INTRODUÇÃO NO PAÍS DE ARMA DE FOGO, EM CONCURSO FORMAL. SENTENÇA PUBLICADA EM 16.6.2004. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO PUBLICADO EM 23.09.2008. PRESCRIÇÃO OCORRIDA APÓS A SENTENÇA CONDENATÓRIA E ANTES DO JULGAMENTO DO APELO. ACÓRDÃO QUE NÃO INTERROMPE O PRAZO PRESCRICIONAL. LEI NOVA POSTERIOR AO COMETIMENTO DO DELITO E QUE NÃO LHE PODE SER APLICADA RETROATIVAMENTE, POSTO QUE DE NATUREZA MATERIAL. ORDEM CONCEDIDA PARA DECLARAR EXTINTA A PUNIBILIDADE COM BASE NA PENA IMPOSTA NA SENTENÇA E CONFIRMADA PELO TRIBUNAL. PREJUDICADA A NULIDADE ARGÜIDA. Conquanto o acórdão constitua hoje marco interruptivo da prescrição, não só em virtude da lei nova, como consoante entendimento que já vinha sendo esposado pelos Tribunais Superiores, ele só assim atua quando se contrapõe a uma sentença absolutória de primeiro grau, ou quando modifica o título da condenação alterando a pena de modo considerável. Se entre a sentença e o julgamento de segundo grau já havia decorrido o prazo prescricional, este nem mesmo poderia ter ocorrido. O acórdão que apenas confirma a condenação, sem alterá-la, não constitui novo marco condenatório interruptivo da prescrição. Se a nova norma é de natureza material, ela não retroage para prejudicar o réu. Se a sentença já transitou em julgado para a acusação, é a pena imposta na sentença que deve ser tomada para fins prescricionais, considerando-se, na hipótese, a pena isolada de cada um dos delitos em concurso formal. Se a pena imposta não excede dois anos, ela prescreve em quatro anos. Ordem concedida para declarar extinta a punibilidade, ficando prejudicada a nulidade argüida.¹⁰²

Desde então, permaneceu inalterado o entendimento adotado pela Corte Superior, que somente reconhece o acórdão confirmatório da condenação como causa de interrupção da

¹⁰² HC nº 111.502/AC, Rel. Ministra Jane Silva (desembargadora convocada do TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 21/10/2008, DJe 10/11/2008.

prescrição quando há reforma substancial da quantidade de pena imposta ao agente¹⁰³. Dos fundamentos levantados pelo Superior Tribunal de Justiça para embasar sua posição, extraem-se, notadamente, a garantia constitucional de razoável duração do processo e a interpretação restritiva do artigo 117 do Código Penal, pautada no respeito à separação dos poderes e ao princípio da reserva legal.

a. Razoável duração do processo

O princípio da razoável duração do processo, consagrado pelo artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, assegura aos litigantes em qualquer esfera dos Poderes da União o direito ao desenvolvimento processual em tempo hábil, de modo que a resposta estatal seja apresentada em tempo oportuno à satisfação, tanto quanto possível, efetiva da controvérsia em tempo oportuno. Isto é dizer, as partes têm direito a ver sua demanda apreciada antes que se esvazie o objeto da lide, evitando-se, assim, a prolação de decisões vazias. Nesse sentido, o Poder Legislativo editou a Emenda à Constituição nº 45, de 30 de dezembro de 2004, almejando, sobretudo, conferir efetividade aos princípios constitucionais do acesso à justiça e da celeridade processual.

Importa salientar, todavia, que a garantia da razoável duração do processo não equivale (ou ao menos não intenta equivaler) à adoção do funcionalismo jurídico no aparato jurídico brasileiro constado por Ivan Cláudio Pereira Borges, tampouco da funcionalização da Justiça brasileira. Esclarece o autor¹⁰⁴ que a dinâmica processual brasileira pode indicar tendência ao funcionalismo jurídico, orientado por uma racionalidade predominantemente finalística, de

¹⁰³ **HC nº 111.025/MS**, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 29/10/2009, DJe 30/11/2009; **AgRg no REsp nº 761.828/SC**, Rel. Ministro Celso Limongi (desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 02/02/2010, DJe 22/02/2010; **REsp nº 1.180.148/CE**, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 03/03/2011, DJe 14/03/2011; **HC nº 243.124/AM**, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 07/08/2012, DJe 20/08/2012; **HC nº 266.211/SP**, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 17/09/2013, DJe 23/09/2013; **AgRg no AREsp nº 564.213/MG**, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 11/11/2014, DJe 01/12/2014; **AgRg no AgRg no REsp nº 1.393.682/MG**, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 06/05/2015; **RHC nº 49.852/DF**, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016; **AgRg no AREsp nº 789.358/SP**, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 30/03/2017, DJe 20/04/2017; **AgRg no REsp nº 1.529.288/SC**, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018; **AgRg no AREsp nº 1.350.482/SP**, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 07/05/2019, DJe 14/05/2019.

¹⁰⁴ Derivada do termo alemão *Zweckrationalität*, a racionalidade finalística é fruto do pensamento de Max Weber e se refere à busca do resultado desejado por intermédio da adoção de métodos que satisfaçam tal pretensão de modo célere e objetivo, aproximando-se, inclusive, da corrente utilitária desenvolvida por Jeremy Bentham.

forma que os pronunciamentos judiciais oscilem entre a promoção efetiva da justiça e a eficiência esperada do sistema jurídico. O funcionalismo jurídico denuncia a escolha pela produtividade mecânica em detrimento da qualidade da prestação oferecida à população.¹⁰⁵

A denominada funcionalização da Justiça, então, se refere a uma tendência constatada por Antônio Castanheira Neves a favorecer a redução da complexidade dos julgamentos, pautando-se na uniformização desmedida da jurisprudência em detrimento de apreciar de maneira mais detida a matéria apresentada ao tribunal¹⁰⁶.

Esclarecido este ponto, o princípio da razoável duração do processo se relaciona com o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça na medida em que enfatiza o principal fundamento do instituto prescricional: o direito subjetivo do infrator ao esquecimento. Nesta toada, leciona a doutrina de Aury Lopes Júnior, *ipsis litteris*¹⁰⁷:

Nisso reside a imprescindibilidade do instituto da prescrição para o Direito (em todas as suas áreas). O esquecimento é fundamental para o sistema jurídico, pois sem ele 'não há felicidade, não há serenidade, não há esperança, não há orgulho, não poderia existir fruição do instante presente'. Eis o valor do esquecimento-apaziguamento. Sem desligar do passado, não se vive o presente. É ao mesmo tempo aquisição (de liberdade) e extinção (do direito ou poder de alguém). A prescrição atua como limite ao exercício do poder, mas, acima de tudo, porque existe um verdadeiro direito ao esquecimento. Mais, a prescrição é um esquecimento programado e necessário para o Direito. Com acerto, afirma OST que o direito ao esquecimento surge como uma das múltiplas facetas do direito ao respeito da vida privada.

A prescrição penal, para além de fulminar o poder estatal de concretizar o monopólio do uso legítimo da força do qual é detentor, se opera em razão do direito conferido ao agente de viver em sociedade sem temer, *ad eternum*, a disposição do Estado em exercer sua pretensão punitiva ou executória estatais.

b. Interpretação restritiva da norma

O cotejo entre os fundamentos apontados pelo Superior Tribunal de Justiça nos inúmeros julgados em que se pronunciou acerca da impossibilidade de reconhecimento do acórdão que

¹⁰⁵ BORGES, Ivan Cláudio Pereira. O jurisprudencialismo de Antônio Castanheira Neves e o funcionalismo jurídico. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, vol. 11, nº 4, 2018. p. 3.213-3.243. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/31014/27088>. Acesso em: 30 set. 2019. p. 3.236/3.238.

¹⁰⁶ Op. Cit. p. 3.228.

¹⁰⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 15. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 555.

confirma da condenação como causa interruptiva da prescrição, permite concluir pela adoção da técnica interpretativa restritiva ou gramatical.

Esclarece a lição de Ricardo Maurício Freire Soares¹⁰⁸ que a interpretação restritiva se pauta na aferição do significado dos termos utilizados pelo Legislador, *ipsis litteris*:

Através da técnica gramatical ou filológica, o hermenêuta se debruça sobre as expressões normativas, investigando a origem etimológica dos vocábulos e aplicando as regras estruturais de concordância ou regência, verbal e nominal.

Tal método interpretativo se relaciona intimamente com princípio da reserva legal, decorrente do princípio da legalidade, nos termos do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal. Tal garantia fundamental assegura aos indivíduos que apenas aquelas condutas positivadas e às quais sejam atribuídas penas poderão ensejar a concretização do *ius puniendi* estatal. Leciona o magistério de Rogério Lauria Tucci¹⁰⁹, *in verbis*:

Trata-se, outrossim, como dessumível, num relance, de seu enunciado, de uma rígida limitação ao *ius puniendi* do Estado, em sua confrontação com o *ius libertatis* do indivíduo integrante da comunidade, que se consolidou, embora com algumas mutações desinibidoras de sua essencialidade, a partir do iluminismo, como conquista do direito penal liberal.

Enfatizando-o, anotam alguns de nossos mais autorizados especialistas, com lastro em magistérios da doutrina universal, que, concebida formalmente a infração penal, torna-se exigível e inafastável a anterioridade de lei que a defina, não havendo lugar para qualquer atuação arbitrária dos Poderes Executivo e Judiciário, com ‘evidente restrição à Justiça material, no sentido de que condutas danosas a bem jurídico não sejam punidas porque não descritas em lei penal.

O texto constitucional, inclusive, vai além e dispõe, em seu artigo 5º, inciso XL¹¹⁰, que as condutas definidas como criminosas após a prática pelo agente não poderão ser puníveis, em respeito ao preceito *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, de modo que a lei penal somente retroagirá para beneficiar o réu.

¹⁰⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 49.

¹⁰⁹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 314.

¹¹⁰ ¹¹⁰ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (BRASIL, 1988).

Em relação ao tema do acórdão confirmatório da condenação, a vertente majoritária defende que o artigo 117 do Código Penal ostenta caráter *numerus clausus*, é dizer, taxativo. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento segundo o qual “*as causas interruptivas da prescrição estão arroladas exhaustivamente no art. 117 do Código Penal*”¹¹¹.

Destarte, em homenagem ao princípio da separação dos poderes, consagrado pelo artigo 2º da Carta Maior, sustenta a Corte Superior que a consideração do acórdão que confirma a reprimenda como marco interruptivo do lapso prescricional constituiria invasão às atribuições constitucionalmente asseguradas ao Poder Legislativo e, por conseguinte, violação aos princípios da legalidade e da reserva legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Objetivou-se, ao decorrer desde estudo, apresentar ao leitor os principais fundamentos e marcos da controvérsia voltada à natureza do acórdão que confirma a condenação imposta pelo juízo originário, apreciados à luz do conceito de criatividade judiciária apresentado pelo jurista italiano Mauro Cappelletti.

Para tanto, fez-se essencial o esclarecimento, à luz da interdisciplinaridade intrínseca à atuação jurídica, de temas como: a exposição do que vem a ser a criatividade judiciária, seus limites e como ela é utilizada pelo Poder Judiciário para criar o direito, sem intervir na esfera de atuação conferida ao Poder Legislativo; o instituto da prescrição e suas nuances, tornando inteligível ao público alvo suas origens, fundamentos e funcionamento no ordenamento jurídico brasileiro; e breve cotejo analítico realizado entre as decisões proferidas pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e aquelas prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça, ponderando acerca dos principais pontos que constituem base a seus posicionamentos.

A relevância da pesquisa foi gradualmente apresentada ao leitor, na medida em que revela a problemática da criação do direito pelo Poder Judiciário conflitante entre si, engendrando relevante insegurança jurídica às partes que, ante a prolação de sentença desfavorável a seus interesses que adote uma das vertentes expostas, estará à mercê do acaso e

¹¹¹ **RHC nº 2.415/SP**, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 14/12/1992, DJe 15/03/1993.

da sorte, posto que o tribunal superior e, neste ponto, a turma à qual for atribuído eventual recurso poderá ou não fomentá-lo.

Criticou-se, neste ponto, a interpretação gramatical desmedida da norma, sem a necessária observância a critérios como seus efeitos e consequências para o meio jurídico e social em que se insere o julgador e o espírito da norma, consubstanciado na ponderação entre os demais princípios e dispositivos normativos que orientam o sistema jurídico nacional e, indo além, aos desígnios do legislador ao conceber a lei.

Conforme se asseverou alhures, o ordenamento jurídico penal brasileiro e o contexto em que se insere a disposição do artigo 117, inciso IV, do Código Penal, aliado aos diversos documentos formulados durante o processo legislativo do Projeto de Lei nº 5.973/2005 demonstradores da intenção do Poder Legislativo ao inserir no Estatuto Repressor a terminologia “acórdão condenatório recorrível”, não admite, sob pena de intencional cegueira, a afirmação de que o Legislador não tornou clara sua opção pela inclusão do acórdão que confirma a condenação como marco interruptivo do transcurso prescricional.

Portanto, objetiva-se que as conclusões extraíveis do presente artigo auxiliem o desenvolvimento de novos estudos sobre a temática, sem pretender esgotar a discussão, contribuindo, assim, para uma solução jurídica à problemática explanada. Com efeito, visa-se demonstrar, à luz das garantias e direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal, a dinâmica processual em que se insere o Poder Judiciário e, neste ponto, seu papel na criação do direito.

AGRADECIMENTOS

Não fossem as histórias ao pé da cama, os deveres extraescolares de língua portuguesa, as balinhas intencionalmente esquecidas em bolsas desprotegidas, as tardes mornas de Ribeirão acompanhadas por intensas aventuras e confidências, os ensinamentos da fé e da esperança e, porventura, a solidão, guardião do amor metafísico; a companhia que cedo se fez minha, as risadas despreocupadas e as discussões profundas que somente na irmandade verdadeira florescem, as manhãs regadas a café, energético e açaí, o profissionalismo humano daqueles que exercem com louvor seu ofício sem perder o espírito cativante de criança, o exemplo da perseverança e a lição da compaixão; não fossem milhões de fragmentos daqueles que me ensinaram a amar e respeitar, certamente este estudo não existiria. Meu mais sincero obrigada àqueles que moldaram quem me tornei e continuam a fazê-lo.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *Strafgesetzbuch*. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb>. Acesso em: 28 set. 2019.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. v. 1. 25. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 26 set. 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 26 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). Habeas Corpus. *HC nº 111502/AC*. Penal e processual penal. Habeas corpus. Contrabando e ilegal introdução no país de arma de fogo, em concurso formal. Sentença publicada em 16.6.2004 acórdão confirmatório publicado em 23.09.2008. Prescrição ocorrida após a sentença condenatória e antes do julgamento do apelo acórdão que não interrompe o prazo prescricional. Lei nova posterior ao cometimento do delito e que não lhe pode ser aplicada retroativamente, posto que de natureza material. Ordem concedida para declarar extinta a punibilidade com base na pena imposta na sentença e confirmada pelo tribunal. Prejudicada a nulidade argüida. [...]. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Paciente: Rodinei Sampaio dos Santos. Relatora: Min. Jane Silva. Brasília, 21 de outubro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=8>

31570&num_registro=200801619043&data=20081110&formato=PDF. Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). Recurso Especial. *REsp 9158/SP*. Penal. Prescrição. Causas interruptivas. [...]. Recorrente: José Roberto Lamacchia. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Assis Toledo. Brasília, 15 de maio de 1991. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200400363874&dt_publicacao=16/11/2004. Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). Habeas Corpus. *HC 34.345/SP*. Criminal. HC. Disparo de arma de fogo em local habitado. Suspensão do processo nos termos do art. 366 do CPP. Suspensão do prazo prescricional. Limite. Prescrição caracterizada. Ordem concedida. [...]. Impetrante: Orlando Gonçalves de Castro Júnior. Impetrado: Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Paciente: Elisiano Alves Camelo. Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, 7 de outubro de 2004. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=504506&num_registro=200400363874&data=20041116&formato=PDF. Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial. *AgRg no REsp 710522/MT*. Penal e processo penal. Agravo regimental no recurso especial. Prescrição. Marco interruptivo. Art. 117, IV, do CP. Sentença ou acórdão condenatórios. Art. 110, § 1º, do CP. Trânsito em julgado para o MP ou improvimento do seu recurso. Agravo a que se nega provimento. [...]. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Reinhard Ramminge e outros. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 11 de dezembro de 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200401772849&dt_publicacao=01/02/2010. Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 191. In: A pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf. Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 438. In: é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf. Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas Corpus. *Habeas Corpus 82424/RS*. Habeas-corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada [...]. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Siegfried Ellwanger. Relator: Min. Moreira Alves. Relator para o Acórdão: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882424%2ENUME%2E>

+OU+82424%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4jbtm88.
Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 600851/DF*. Trata-se de recurso extraordinário, submetido à sistemática da repercussão geral, interposto a fim de examinar, ante suposta violação ao art. 5º, XLII e XLIV, da CF, a sujeição da suspensão do prazo prescricional disposto no art. 366 do CPP ao tempo da prescrição em abstrato pela pena máxima cominada ao tipo penal imputado, consoante limites estabelecidos no art. 109 do CP. [...] Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Andrelute Detorres Malta. Relator: Min. Edison Fachin. Brasília, 19 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28600851%2EENUME%2E+OU+600851%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y588clgv>. Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Habeas Corpus. *Habeas Corpus 138088/RJ*. Habeas Corpus. Alegada prescrição da pretensão punitiva. Inocorrência. Acórdão confirmatório de sentença condenatória que interrompe o curso do prazo prescricional. Execução provisória da pena. Possibilidade. [...] Impetrante: Sérgio Chastinet Duarte e outro. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Hélio Lucena Ramos da Silva. Relator Min. Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Min. Dias Toffoli. Brasília, 19 de setembro de 2017. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28138088%2EENUME%2E+OU+138088%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y2qgjo3b>. Acesso em: 30 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 751394/MG*. Recurso extraordinário. Matéria criminal. Prequestionamento. Ofensa indireta ou reflexa. Inadmissibilidade. Precedentes. Pedido de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal na modalidade retroativa. Matéria de ordem pública que pode ser arguida e reconhecida a qualquer tempo. Artigo 61 do Código de Processo Penal. Ocorrência. Acórdão que reduz a pena fixada em primeiro grau. Não interrupção da prescrição. Natureza declaratória. Precedentes. Ordem concedida de ofício. [...] Recorrente: Henrique Júnio Abreu dos Santos. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 28 de maio de 2019. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28751394%2EENUME%2E+OU+751394%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y558xe6v>. Acesso em: 30 set. 2019.

BORGES, Ivan Cláudio Pereira. *O jurisprudencialismo de Antônio Castanheira Neves e o funcionalismo jurídico*. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, vol. 11, nº 4, 2018. P. 3.213-3.243. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/31014/27088>. Acesso em: 30 set. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

COSTA, Alexandre Araújo. *Judiciário e interpretação: entre Direito e Política*. Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 9-46, jan./abr. 2013. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2448/pdf>. Acesso em: 24 ago. 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo III Série - estudos e pareceres de processo penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

HUGO, Victor. *Os miseráveis*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. 1. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

ITÁLIA. *Codice penale*. Disponível em: <http://www.procuragenerale.trento.it/attachments/article/31/cp.pdf>. Acesso em: 28 set. 2019

JESUS, Damásio E. de. *Prescrição penal*. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 15. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. v. 3. Campinas: Millennium, 2002.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Prescrição Penal*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2ª CCR. *Orientação nº 33*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-no-33-orienta-sobre-a-defesa-da-tese-de-que-o-acordao-confirmatorio-da-condenacao-interrompe-o-prazo-prescricional.pdf>. Acesso em: 28 set. 2019.

MOTTA, Sylvio. *Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões*. 28. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUCCI, Guilherme Souza. *Código Penal Comentado*. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º ao 120 do Código Penal*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RIZZARDO, A., RIZZARDO FILHO, A., RIZZARDO, C. A. *Prescrição e decadência*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 46.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.