



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTONIO CARLOS

CURSO DE DIREITO

PAULA CHANG RODRIGUES

**PRESCRIÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE PRÁTICA DA POSSIBILIDADE DE
APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PARA CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO**

JUIZ DE FORA

2012

PAULA CHANG RODRIGUES

**PRESCRIÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE PRÁTICA DA POSSIBILIDADE DE
APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PARA CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso (monografia)
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Presidente Antônio Carlos –
UNIPAC/Juiz de Fora, como requisito
obrigatório para conclusão do curso de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Besnier Chiaini Villar

JUIZ DE FORA

2012

Dedico este trabalho à minha família,
especialmente aos meus pais por terem sido a
minha fonte de inspiração.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, que lutaram junto comigo para que este sonho torna-se realidade.,

Às minhas irmãs, Samantha, Amanda e Roberta.

Ao meu namorado, Rodrigo, por ter compreendido minhas ausências.

Aos meus amigos, pelas orações e pensamentos positivos para que eu pudesse alcançar meus objetivos.

E finalmente ao meu orientador Besnier.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Paula Cláudia Rodrigues

Aluno

Função fiscal: uma análise crítica das formalidades de registro para a celebração de contratos de prestação de serviços

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

[Assinatura]

[Assinatura]

[Assinatura]

Aprovada em 08 / 12 / 2012.

"Todas as coisas difíceis têm sua origem
naquilo que é fácil, e as grandes coisas naquilo
que é pequeno."

Lao-Tzu

RESUMO

RODRIGUES, Paula Chang. Prescrição Penal: possibilidade de aplicação do instituto da detração para a contagem da prescrição. XX f. (nº de folhas) Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito). Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC/Juiz de Fora, 2012.

O presente trabalho tem como escopo um estudo mais abrangente da prescrição penal e seus institutos. Entendemos ser o tema em apreço de suma importância para o ordenamento jurídico, vez que obsta de garantia constitucional do indivíduo, isto é, o direito de liberdade. Sabemos também que o Estado, possui a garantia da normatização do âmbito penal incriminador, isto é, o direito de punir abstrato, que viabiliza o seu direito de exigir que os cidadãos não pratiquem o delito nela descrito. Nesse sentido verificaremos qual o papel do Estado e os seus limites à persecução criminal. Teceremos também uma análise doutrinária, bem como jurisprudencial acerca da possibilidade da aplicação do instituto da detração para fins prescricionais, uma vez que presentes duas correntes acerca do tema em análise. Para que possamos dar ensejo ao estudo da detração e sua aplicação prescricional, ora objeto de estudo do presente trabalho, necessário se faz entender que a existência de uma norma irracional e seu cumprimento podem até satisfazer uma concepção formal de "devido processo legal" mas não satisfazem sua dimensão material, que exige – além da existência da norma – conteúdo "razoável" e "proporcional" à mesma.

Palavras-chave: Prescrição. Prescrição da pretensão punitiva e executória. Detração para fins prescricionais.

ABSTRACT

This work is scoped to a more comprehensive study of prescribing criminal and its institutes. We understand the topic at hand is of paramount importance to the legal system, since it precludes the constitutional guarantee of the individual, ie, the right to liberty. We also know that the state has to guarantee the standardization of criminal law incriminating, ie, the right to punish abstract, which enables its right to demand that citizens do not practice the offense described therein. In this sense we will check what is the role of the state and its limits to criminal prosecution. Also will weave a doctrinal analysis and jurisprudence concerning the possibility of applying the Institute of detraction for prescriptive purposes, since these two schools on the topic under discussion. So we can give rise to the study of detraction and its application limitation, sometimes the object of study of this work, understand that it is necessary the existence of a norm compliance irrational and can even satisfy a formal conception of "due process" but not satisfy its material dimension, which requires - besides the existence of the norm - content "reasonable" and "proportional" to it.

Keywords: Prescription. Prescription claim punitive and enforceable. Detraction for prescriptive.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DIREITO DE PUNIR DO ESTADO	10
2 PRESCRIÇÃO	12
2.1 Conceito	12
2.2 Espécies	15
2.2.1 Prescrição da Pretensão Punitiva	15
2.3 Causas interruptivas	24
2.4 Causas suspensivas	24
3 POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PARA CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO	26
3.1 Conceito de detração	26
3.2 Da possibilidade de aplicação da detração para fins de prescrição	28
CONCLUSÃO	35
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	37

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso terá como objeto de estudo a prescrição penal no tocante à teoria, bem como sua aplicação na esfera processual. O Estado, em seu pátrio poder, tem o dever de garantir a normatização do âmbito penal incriminador, isto é, o direito de punir abstrato, que viabiliza o seu direito de exigir que os cidadãos não pratiquem o delito nela descrito. Nessa direção, uma vez cometida a infração penal, o Estado tem um prazo para alcançar a certeza de culpa.

Cumpra esclarecer que o instituto da prescrição detém estreita ligação com o poder do Estado de exercer punição, funcionando como uma força oposta a esse direito e, ao mesmo tempo, apresentando-se como um instituto de segurança, caracterizado pela imposição de limites à persecução criminal.

Certo é que, a prescrição é a perda do poder de punir do Estado em razão do decurso do tempo, sendo dividida em prescrição da pretensão punitiva (PPP) e prescrição da pretensão executória (PPE).

Noutra vertente, para que se possa atingir os objetivos da pesquisa, será aqui aplicada a consulta de posicionamentos jurisprudenciais e ensinamentos doutrinários relativos à aplicação da detração (que nada mais é que a computação na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, do tempo de prisão provisória), na prescrição da pretensão executória.

Diante disso, vale destacar o tema da prescrição, posto que não é de se surpreender que as contendas deste instituto estão em meio aos conflitos mais antigos entre os juristas, principalmente no que tange ao direito penal, sendo, portanto, como em todas as demais áreas do direito, um dos mais complexos temas debatidos.

Destarte, o presente trabalho é dividido em seis, sendo a primeira, a introdutória no sentido de situar o leitor acerca do tema a ser desenvolvido no mesmo; a segunda parte diz respeito ao direito de punir do Estado, em que suscitamos o poder-dever do Estado, suas garantias e limitações; em seguida analisamos um estudo teórico da prescrição e seus institutos; e finalmente estudamos o instituto da detração e sua possibilidade de aplicação para fins prescricionais; e, por derradeiro, finalizamos com a conclusão abrangendo em síntese todos os aspectos teóricos questionados no presente trabalho.

CAPÍTULO 1 - DIREITO DE PUNIR DO ESTADO

A pretensão punitiva é a exigência de que o poder-dever de punir do Estado subordine o direito de liberdade do cidadão. O *ius punitiois* do Estado só poderá ser exercido mediante o devido processo legal, o qual gerará uma decisão final; o juiz aplicará a pena cominada em abstrato, transformando-a em concreta. Transitado em julgado a sentença condenatória, nasce para o Estado o poder-dever de executar a pena em concreto, o *ius executionis*, isto é, a pretensão executória do Estado visto ter formado um título executivo judicial, em que nada mais é do que um prolongamento do *ius punitiois* concreto, surgido com a prática do delito.

No ordenamento jurídico, o transcurso do tempo possui efeitos proeminentes, atuando de modo a interferir no nascimento e na perda de direitos.

Partindo de tais premissas, a prescrição opera à vista da conjugação de dois fatores: a inércia da parte interessada e o decurso do tempo. Com ela, o próprio Estado limita o seu direito de punir a lapsos temporais, cujo transcurso faz com que a manutenção da situação criada, pela transgressão da norma de proibição violada pelo sujeito, seja considerada inoperante.

Segundo Jesus (1998, p.667), “a punibilidade não é requisito do crime, mas sua consequência jurídica. Os requisitos do crime, sob o aspecto formal, são o fato típico e a antijuricidade. A culpabilidade constitui pressuposto da pena. Assim a prática de um fato típico e ilícito, sendo culpável o sujeito, faz surgir a punibilidade.”

O Estado, como ente dotado de soberania, detém, exclusivamente, o direito de punir (*jus puniendi*), o que é indelegável (mesmo na ação penal privada o *jus puniendi* continua com o Estado, sendo transferido ao particular apenas a legitimidade para dar início ao processo). O direito de punir existe abstratamente, e a todos se impõe. Todavia, quando o crime é cometido, esse direito abstrato se concretiza, tornando-se uma pretensão, a qual se denomina punibilidade. Para satisfazê-la, o Estado deve agir dentro de prazos determinados, sob pena de perdê-la.

Segundo Capez (2012):

[...] no momento em que um crime é praticado, esse direito abstrato e impessoal concretiza-se e volta-se especificamente contra a pessoa do delinquente. Nesse instante, de direito passa à pretensão. Pretensão é a disposição de submeter um interesse alheio a um interesse próprio. O Estado passa a ter um interesse de submeter o direito de liberdade daquele criminoso ao seu direito de punição. (CAPEZ, 2012, p.321)

Jus puniendi in abstracto e jus puniendi in concreto: o *Jus puniendi in abstracto* é o direito de punir que ainda não foi utilizado no caso concreto, ou seja, que ainda não foi aplicado porque não houve a transgressão da norma penal. Porém, quando essa transgressão ocorre, surge o *jus puniendi in concreto*, no qual o Estado tem o dever de infligir a pena ao autor da conduta proibida.

Nesse sentido, a punibilidade se denomina como a possibilidade de concretização da pretensão punitiva e para satisfazê-la o Estado tem o dever de agir dentro de um prazo legal, sob pena de perdê-la.

No próximo capítulo, trataremos efetivamente da prescrição sob o âmbito mais geral.

CAPÍTULO 2 - PRESCRIÇÃO

A Prescrição se caracteriza pela perda do poder de punir do Estado em razão do decurso do tempo. De acordo com o artigo 61 do Código de Processo Penal, a prescrição deverá ser determinada de ofício, pelo juiz, ou por provocação das partes em qualquer fase do processo.

Insta destacar que a prescrição, quanto à sua natureza jurídica, é uma causa extintiva da punibilidade e, embora leve também à extinção do processo, esta é uma mera consequência da perda do direito de punir.

2.1 Conceito

Prescrição origina-se do termo latino “praescriptio”, o qual deriva do verbo prescrever, significando um “escrito posto antes”.

Na dicção de Damásio de Jesus (JESUS, 2009, p. 17) “Prescrição é a perda do poder-dever de punir do Estado pelo não-exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória durante certo tempo.”.

Para Valério Rodrigues Dias (2005), citado por Benedetti (BENEDETTI, 2009, p. 104), prescrição é “[...], uma, regra jurídica cuja hipótese de incidência é o transcurso de um lapso temporal associado com a inércia do titular do direito subjetivo lesado ou violado, que não exercita sua pretensão no tempo assinalado pela norma jurídica.”

Segundo Greco (GRECO, 2007, p. 731), prescrição é:

[...]o instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido capacidade de fazer valer seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto pela lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade.

Claro está, portanto, que prescrição é instituto diretamente ligado ao decurso do tempo e, uma vez verificada, fulmina uma certa pretensão do Estado, seja de órbita punitiva, seja executória.

Nada obstante ao alegado, a prescrição, em regra, alcança todas as infrações penais; porém a Constituição Federal traz duas infrações imprescritíveis, a saber:

1. Crime de racismo (artigo 5º, inciso XLII)

2. Crimes referentes a ações de grupos armados, civis ou militares, contra ordem constitucional e o Estado democrático como, por exemplo, ações de terrorismo (artigo 5º, inciso XLIV)

O Estado possui duas espécies de prescrição: a pretensão de punir (prescrição da pretensão punitiva) e a pretensão de executar (prescrição da pretensão executória) a pena imposta.

Nas palavras de Capez (2012),

[...] o não exercício da pretensão punitiva acarreta a perda do direito de impor a sanção, então, só ocorre antes de transitar em julgado a sentença final. O não exercício da pretensão executória extingue o direito de executar a sanção imposta. Só ocorre, portanto, após o trânsito em julgado da sentença condenatória. (CAPEZ, 2012, p.321)

A prescrição pode ocorrer durante a pretensão punitiva ou durante a pretensão executória do Estado. Quando o agente comete a infração penal, surge a pretensão do Estado no sentido de punir a conduta (pretensão punitiva). Dessa forma, o Estado perde o direito de punir antes de a sentença de primeiro grau transitar em julgado, extinguindo a punibilidade. A prescrição da pretensão punitiva (PPP) é calculada pela pena em abstrato, de acordo com a regra do artigo 109 do Código Penal.

Os prazos prescricionais podem ser suspensos e interrompidos. Suspender o prazo significa que, a partir do marco suspensivo, o prazo deixa de fluir e, cessando a causa suspensiva, o mesmo volta a correr do ponto em que foi suspenso. Interromper significa que o prazo deixa de correr e volta a correr do início (zero).

As principais causas suspensivas são: o cumprimento de pena no estrangeiro, enquanto é resolvida em outro processo questão prejudicial, durante o período de prova da suspensão condicional do processo; no caso da carta rogatória; e, ainda durante o período em que fica suspenso, o processo em razão da citação por edital em que o acusado não comparece nem nomeia advogado.

Os principais marcos interruptivos são: o recebimento da denúncia ou queixa; a publicação da sentença ou acórdão condenatório recorríveis; a decisão de pronúncia; o acórdão, que confirma a pronúncia; a reincidência; e o início ou continuação do cumprimento de pena.

Antes de iniciarmos um estudo sobre as espécies da prescrição, cabe, aqui, tecer breves comentários sobre a pretensão punitiva e executória. A primeira, a pretensão punitiva,

é a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio. Conforme já explicado no capítulo anterior com a prática do delito, nasce o direito-dever de punir do Estado e o que era abstrato transforma-se em concreto, formando-se assim, uma relação jurídica-punitiva.

Destarte, surge um conflito de interesse entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do agente, na qual, o Estado é o titular da pretensão punitiva, adquirindo o direito de invocar o Poder Judiciário, no sentido de aplicar o Direito Penal objetivo ao fato cometido pelo infrator. E, sendo assim, o faz por meio da ação penal, em que a acusação é a dedução em juízo da pretensão punitiva, tendo por objeto imediato, o julgamento da pretensão punitiva, a pretensão jurisdicional e, por objeto mediato, a imposição da sanção penal prevista no preceito secundário da norma penal.

Na esteira desse entendimento, concluímos que pretensão punitiva é nada mais que a exigência de subordinação do direito de liberdade do cidadão ao direito de punir concreto do Estado. Assim, o Estado é titular da pretensão punitiva antes mesmo da sentença penal transitar em julgado, devendo exigir do Poder judiciário a prestação jurisdicional pedida na acusação.

Nos fundamentos de Capez (2012), a prescrição é uma das causas que extinguem o direito de punir do Estado, e estão previstas no art. 107 do CP. Esse rol não é taxativo, pois existem outras causas no próprio código e em legislação especial. É o caso, por exemplo, do ressarcimento do dano, que, antes do trânsito em julgado da sentença, no delito de peculato culposo, extingue a punibilidade, nos termos do art. 312, § 3º. Também é o caso do pagamento do tributo em determinados crimes de sonegação fiscal.

O art. 107 do Código Penal traz um rol exemplificativo de causas extintivas da punibilidade, a saber:

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
- VIII- REVOGADO
- IX- pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Como já mencionado, o art. 107 não é taxativo e, sim, exemplificativo. Assim, o CP prevê causas extintivas da punibilidade fora do rol dessa disposição. O ilustre professor Damásio apresenta outras causas de extinção da punibilidade, tais quais:

- a) art. 82: o término do período de prova do sursis, sem motivo para revogação da medida, faz com que o juiz declare a extinção da pretensão executória em relação à pena suspensa, forma de extinção da punibilidade;
- b) art. 90: o término do período de prova do livramento condicional, sem motivo para revogação, opera a extinção da pretensão executória relacionada com a pena restante;
- c) art. 240, § 2º: a morte do ofendido no crime de adultério extingue a punibilidade, pois a titularidade do direito de queixa é personalíssima (a ação penal só pode ser intentada pelo cônjuge ofendido);
- d) art. 7º, § 2º, d: se o agente cumpriu pena no estrangeiro pelo crime lá cometido, opera-se a extinção da punibilidade em relação à pretensão punitiva do Estado brasileiro;
- e) art. 312, § 3º: a reparação do dano no peculato culposo, antes da sentença final irrecorrível, extingue a punibilidade. (DAMÁSIO, 1998, p.669)

Dessa forma, o argumento de Damásio corrobora com o fundamento de Capez (2012).

2.2 Espécies

Com relação à prescrição, são duas as espécies, as quais serão relatadas a seguir.

2.2.1 Prescrição da Pretensão Punitiva (PPP):

A prescrição da pretensão punitiva é a perda do poder-dever de punir, em face à inatividade do Estado durante um determinado período de tempo. Nos termos do art. 61 do CPP, a prescrição da pretensão punitiva pode ser declarada a qualquer momento da ação penal, de ofício ou mediante requerimento de qualquer das partes.

Os efeitos da PPP são os seguintes:

- Impede o início (trancamento de inquérito policial) ou interrompe a persecução penal em juízo;
- Afasta todos os efeitos, principais e secundários, penais e extrapenais da condenação;

- A condenação não pode constar da folha de antecedentes, exceto quando requisitada por juiz criminal.

Nesse contexto Capez (2012) diz que:

[...] juiz que condena não pode, a seguir, declarar a prescrição, uma vez que, após prolatar a sentença, esgotou sua atividade jurisdicional. Além disso, não pode ele mesmo dizer que o Estado tem o direito de punir (condenando o réu) e, depois, afirmar que esse direito foi extinto pela prescrição. Ainda, o reconhecimento da prescrição impede o exame de mérito. (CAPEZ, 2012, p.323)

O direito de punir é abstrato, genérico e impessoal. Com a prática da infração, esse direito se concretiza e se transforma em pretensão para punir aquele determinado infrator.

Nos termos do art. 109 do CP, “a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime.”

Assim, a prescrição da pretensão punitiva é regulada pela pena abstrata cominada na lei penal incriminadora, seja simples ou qualificado o delito. O prazo prescricional varia de acordo com o máximo da sanção abstrata privativa de liberdade, com desprezo da pena de multa, quando cominada cumulativa ou alternativamente. Para saber qual o prazo de prescrição da pretensão punitiva, devemos verificar o limite máximo da pena imposta *in abstracto*, no preceito sancionador, e enquadrá-lo em um dos incisos do art. 109 do CP, de acordo com o quadro seguinte, Quadro 1:

Quadro 1 – Prazos previstos no artigo 109 do CP

Máximo da pena privativa de liberdade	Prazo prescricional
+ de 12 anos	20 anos
+ de 08 a 12 anos	16 anos
+ de 4 a 8 anos	12 anos
+ de 2 a 4 anos	8 anos
+ de 1 a 2 anos	4 anos
Menos de 1 ano	3 anos

Fonte: Acervo próprio

Observando os prazos do quadro acima, os quais são taxativos, devem ser obedecidos tão somente esses prazos, cuja escala é imodificável, sendo baseada conforme a pena máxima do delito cometido.

Uma vez analisado o art. 109 do CP quanto aos prazos prescricionais, como que se conta o prazo? Conta-se de acordo com a regra do art. 10 do Código Penal, computando o dia do começo e contando os meses e anos pelo calendário comum, portanto, não se trata de um prazo processual, quando excluimos o dia do começo e incluimos o dia final. Desta feita, o prazo é fatal e improrrogável, pouco importando que termine em sábado, domingo, feriado ou férias.

Sendo assim, para se calcular o prazo prescricional, devemos analisar qual o limite máximo da pena imposta *in abstracto* conforme Quadro 1 mencionado.

Importante destacar que as causas de aumento e de diminuição devem ser consideradas, pois permitem que a pena saia de seus limites legais. Assim, se o agente praticou furto simples (art. 155, caput), o prazo prescricional é de oito anos, todavia, se praticou o crime de furto qualificado pelo repouso noturno (art. 155, parágrafo 1º), em que a pena abstrata é aumentada de um terço, o máximo da sanção privativa de liberdade é de cinco anos e quatro meses de reclusão, ocorrendo a prescrição em doze anos. O mesmo também ocorre no caso de diminuição de pena.

Ressalte-se ainda que se o agente for menor de 21 anos na data do fato, ou maior de 70 anos na data da sentença, a prescrição deve ser reduzida pela metade.

No juízo *a quo*, a prescrição ocorrerá entre a data da consumação do fato até o oferecimento da denúncia ou da queixa; se prescrito o delito, não se deve instaurar Inquérito Policial, conforme preceitua o artigo 432, II, do Código de Processo Penal. Incidirá também a prescrição entre o recebimento da denúncia ou da queixa até a publicação da sentença penal condenatória, restando, configurado assim, a prescrição sem o julgamento do mérito.

Todavia, para contagem do prazo de prescrição não incide o aumento de pena do concurso formal e do crime continuado (artigos 70 e 71 do CP), tendo em vista que se não houvesse o concurso ou nexos de continuidade, a prescrição seria regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade, abstratamente cominada a cada delito, sem acréscimo legal.

Vale ressaltar as causas interruptivas da prescrição (art. 117 do CP), as quais são as que obstam o curso da prescrição, fazendo com que este se reinicie do zero, desprezando o tempo já ocorrido. São as seguintes:

- *Recebimento da denúncia ou da queixa.* Na hipótese de co-autor ou partícipe não identificado, a interrupção se estende a todos. O recebimento do aditamento não interrompe a prescrição. Se, no entanto, o aditamento incluir outra infração penal, o seu recebimento interrompe a prescrição, mas só com relação a esse novo crime.

- *Publicação da sentença de pronúncia.* A pronúncia interrompe a prescrição do crime doloso contra a vida e também dos delitos conexos. Se houver recurso contra a pronúncia, o acórdão confirmatório também interrompe a prescrição.
- *Publicação da sentença ou acórdão condenatórios.* A publicação se dá na data em que o juiz entrega a sentença ao escrivão. Note-se que o acórdão que confirma a sentença condenatória não interrompe a prescrição. Mas, se a sentença for absolutória, o acórdão condenatório interrompe a prescrição. Sentença absolutória não interrompe a prescrição. Sentença que concede perdão judicial não interrompe a prescrição (súmula nº 18 do Superior Tribunal de Justiça). Sentença que julga extinta a punibilidade não interrompe a prescrição.

Além disso, nas causas suspensivas da prescrição, o tempo decorrido antes da causa é computado no prazo, ou seja, cessado o efeito da causa suspensiva, a prescrição recomeça a correr, computando-se o tempo decorrido antes dela. Portanto, suspende-se a prescrição nas seguintes circunstâncias:

- *Enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o conhecimento da existência do crime:* trata-se da questão prejudicial, que é aquela cuja solução implica num pré-julgamento da causa, pois, dependendo de como se julgar a questão prejudicial, estará se decidindo a causa principal. Observação: a suspensão do processo enquanto se aguarda a verificação da idade do acusado, bem como o incidente de insanidade mental, não suspendem a prescrição, pois nenhuma das duas é questão prejudicial.
- *Enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro por qualquer motivo* (salvo se o fato for atípico no Brasil).
- *Suspensão condicional do processo* (art. 89 da Lei nº 9.099/95)
- *Suspensão parlamentar do processo:* a partir da Emenda Constitucional nº 35 (20/12/2001), não há mais necessidade de licença prévia da Casa respectiva para a instauração de processo contra deputado ou senador. O Supremo Tribunal Federal pode receber a denúncia, sem solicitar qualquer autorização ao Poder Legislativo. Há, no entanto, um controle posterior, uma vez que, recebida a peça acusatória, o Poder Judiciário deverá cientificar a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal, conforme o caso, os quais por maioria absoluta de seus membros, em votação aberta, que deverá realizar-se dentro do prazo máximo de 45 dias, poderão determinar a suspensão do processo. A suspensão do processo suspenderá a prescrição, enquanto durar o mandato (art. 53, §§ 3º a 5º, da Constituição Federal).

- *Hipótese do artigo 366 do Código de Processo Penal*: suspensão do processo quando o réu, citado por edital, não comparece nem constitui defensor. Aqui surge a seguinte questão: até quando a prescrição ficará suspensa? Antes de responder a essa questão, devemos lembrar que os casos de imprescritibilidade estão delimitados na Constituição Federal, logo a prescrição não poderá ficar indefinidamente suspensa. Entendemos que a solução assim se coloca: o prazo de suspensão será o prazo prescricional máximo, calculado com base na maior pena abstrata cominada ao crime. Após o decurso desse período, o processo continuará suspenso, mas a prescrição voltará a correr.
- *Expedição de carta rogatória*: estando o acusado no estrangeiro, em lugar sabido, será citado mediante carta rogatória, suspendendo-se o prazo de prescrição até seu cumprimento.

Dependendo do momento processual em que o Estado perde o seu direito de aplicar a pena de acordo com o critério para o cálculo do prazo, a prescrição da pretensão punitiva se divide em:

- *Prescrição da Pretensão Punitiva Intercorrente ou superveniente à sentença condenatória*.

É a prescrição que ocorre entre a data da publicação da sentença condenatória e o trânsito em julgado. Seu prazo é calculado com base na pena concretamente fixada na sentença e, não, com base no máximo cominado abstratamente. Depois de proferida a sentença condenatória, não existe mais qualquer justificativa para continuar-se calculando a prescrição pela pior das hipóteses (a maior pena possível), uma vez que se conhece a pena para aquele caso concreto. Assim, a partir da publicação da sentença condenatória, a prescrição deve ser calculada de acordo com a pena aplicada na sentença.

Dessa forma, o artigo 110, §1º, do Código Penal, determina que, após o trânsito em julgado da condenação para acusação, a prescrição é regulada pela pena fixada na sentença. Note que a condenação precisa transitar em julgado para a acusação. Destarte, se a acusação se conformou com a pena fixada, esta passou a ser maior pena possível, pois não poderá ser aumentada em recurso exclusivo da defesa (*non reformatio in pejus*), razão pela qual poderá servir de base para o cálculo da prescrição.

Há outras hipóteses em que a prescrição deverá ser calculada com base na pena concreta, a saber: a primeira ocorre quando o recurso for improvido, isto é, a acusação poderia pretender ingressar com um recurso somente para evitar o trânsito em julgado e, assim, impedir o cálculo da prescrição pela pena concreta. Desse modo, negado provimento ao seu recurso, é como se nunca tivesse recorrido, devendo o tribunal calcular a prescrição de acordo

com a pena fixada na sentença; a segunda ocorre quando o recurso da acusação não visa o aumento da pena. Em síntese, a prescrição será calculada com base na pena concreta em três situações, vejamos:

- Trânsito em julgado para a acusação;
- quando o recurso do Ministério Público for improvido;
- quando o recurso do Ministério Público não visar aumento de pena.

- *Prescrição da pretensão punitiva retroativa*

De acordo com Capez (2012):

é calculada pela pena concretamente fixada na sentença condenatória, desde que haja trânsito em julgado para a acusação ou desde que improvido o seu recurso (é válido tudo o que foi dito para a prescrição intercorrente). Difere-se da prescrição intercorrente por um único motivo: na intercorrente ocorre a prescrição entre a publicação da sentença condenatória e o trânsito em julgado para a defesa, enquanto que a retroativa é contada da publicação da sentença para trás, entre o marco interruptivos da prescrição. Se o tribunal constatar que não ocorreu prescrição pela pena concreta entre a publicação da sentença e o acórdão, passará imediatamente a conferir se a prescrição não ocorreu entre:

- a) a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa
- b) o recebimento da denúncia ou queixa e a pronúncia
- c) a pronúncia e sua confirmação por acórdão
- d) a pronúncia (ou seu acórdão confirmatório) e a sentença condenatória
- e) o recebimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença condenatória. (CAPEZ, 2012, p.??)

O juiz de primeira instância não pode reconhecê-la, todavia, o professor Capez (2012) diz ser possível a seguinte hipótese:

[...] a condenação já transitou em julgado para a acusação, de maneira que é impossível a pena ser aumentada. O juiz ao decidir sobre o processamento do recurso de defesa, verifica que, pela pena fixada, já se operou a prescrição entre a data do fato e o recebimento da denúncia. Assim, neste caso, como a extinção da punibilidade não estará sendo decretada na própria sentença condenatória, mas em decisão ulterior, nada impede que, por economia processual, o juiz de primeira instância julgue extinta a punibilidade pela prescrição.

- *Prescrição antecipada ou virtual*

É a prescrição reconhecida antecipadamente, geralmente ainda na fase extrajudicial, com base na provável pena concreta que será fixada pelo juiz no momento futuro da condenação.

A prescrição antecipada fundamenta-se no princípio da economia processual, uma vez que de nada adianta movimentar inutilmente a máquina jurisdicional com processos que já nascem fadados ao fracasso.

Embora a tese exista, a doutrina e jurisprudência não aceitam a prescrição virtual, sob o fundamento de não haver previsão legal. Inclusive. O Superior Tribunal de Justiça, já pacificou o entendimento, em súmula 438, alegando ser inadmissível a extinção da punibilidade com fundamento em pena hipotética.

Assim, para uma melhor análise sobre a prescrição da pretensão punitiva, resumidamente, apresentamos abaixo quadro 2, demonstrando o passo a passo dos aspectos para contagem da prescrição, senão vejamos:

<u>PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA (PPP)</u>	
<p>I- <u>EM ABSTRATO</u>: quando ainda não houver sentença transitada em julgado para a acusação. Ex. 1) Ainda não foi prolatada sentença; Ex. 2) Já houve sentença e ainda está no prazo para acusação recorrer; Ex. 3) Já houve sentença, a acusação recorreu e seu recurso pende de julgamento.</p>	<p>II- <u>EM CONCRETO</u>: quando já houver sentença transitada em julgado para a acusação. Ex: Houve sentença, o Ministério Público não recorreu, mas a defesa sim.</p>
<p><u>1º PASSO</u>: Verificar a pena máxima cominada ao crime. Obs. 1) Causas de aumento e diminuição devem ser consideradas. Obs. 2) concurso de crimes NÃO é considerado.</p>	<p><u>1º PASSO</u>: Verificar a pena em concreto aplicada na sentença. Obs. 1) O concurso de crimes também não é considerado, portanto, se houver concurso material, separar as penas, calculando a prescrição sobre cada uma isoladamente. Obs. 2) Se houver concurso formal ou crime continuado desconsiderará o aumento de pena.</p>
<p><u>2º PASSO</u>: Verificar os prazos do artigo 109 do Código Penal.</p>	<p><u>2º PASSO</u>: Verificar os prazos do artigo 109 do Código Penal.</p>
<p><u>3º PASSO</u>: Verificar o artigo 115 do Código Penal (redução do prazo prescricional pela metade nos casos de menor de 21 anos na data do fato ou na maiores de 70 anos na</p>	<p><u>3º PASSO</u>: Verificar o artigo 115 do Código Penal (redução do prazo prescricional pela metade nos casos de menor de 21 anos na data do fato ou na maiores de 70 anos na data</p>

data da sentença)	da sentença)
<p>4º PASSO: Verificar os seguintes intervalos: I _____ 1 _____ I _____ 2 _____ I _____ 3 _____ I _____</p> <p>1) data da consumação e recebimento da denúncia; 2) recebimento da denúncia e sentença condenatória; 3) sentença condenatória e trânsito em julgado. (Causas de interrupção da prescrição, art. 117 CP)</p>	<p>4º PASSO: Verificar os seguintes intervalos: I _____ I _____ 1 _____ I _____ 2 _____ I _____</p> <p>1) PPP retroativa 2) PPP superveniente</p>

- *Prescrição da pretensão executória*

É a perda do poder-dever de executar a sanção imposta, em face da inatividade do Estado, durante determinado período.

Na prescrição da pretensão executória, o decurso do tempo sem o seu exercício faz com que o Estado perca o direito de executar a sanção imposta na sentença condenatória.

Nos termos do art. 110, caput, a prescrição, depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena imposta e verifica-se nos prazos fixados no artigo 109 os quais são aumentados de 1/3 se o condenado é reincidente. A reincidência aumenta em 1/3 a prescrição da pretensão executória futura, mas interrompe a prescrição da pretensão executória que está em andamento.

Segundo DAMASIO:

Tratando-se de reincidente, o prazo de prescrição da pretensão executória da pena privativa de liberdade é aumentado de um terço (art. 110, caput, in fine). Para tanto, é necessário que a sentença condenatória tenha reconhecido a reincidência. Em outros termos, torna-se preciso que o crime, em relação ao qual surgiu a anterior condenação com trânsito em julgado (pressuposto da reincidência), tenha sido cometido antes da nova sentença condenatória. O dispositivo não trata da reincidência futura, i. e., de crime cometido após a condenação em relação a qual vem ser aumentado o prazo prescricional da pretensão executória (RTJ, 50:551 e 552). Neste último caso, embora não aumente o prazo prescricional, a reincidência interrompe a prescrição da pretensão executória (CP, art. 117, VI; STF, RTJ, 50:553).

Importante salientar, que embora o sistema do acúmulo material imponha a somatória das reprimendas no caso de concurso material de crimes, no que se refere à prescrição da pretensão executória estatal, a pena de cada delito deve ser tomada isoladamente.

Nesse sentido é a jurisprudência, *in verbis*:

(...)1. No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade

incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente (art.119 do Código Penal). (...) (HC 63.416/PB, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, julgado em 20.05.2008, DJe23.06.2008).

Também no crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação, conforme dispõe súmula vinculante 497 do STF. Ocorre que grande parte da jurisprudência entende que para efeito da prescrição da pretensão executória é necessário desintegrar a sanção resultante do crime continuado, considerando cada crime isoladamente, sem o acréscimo legal. Sendo que tal posicionamento tem o apoio do art. 119 do Código penal.

Isso ocorre porque a figura do crime continuado foi criado para beneficiar o agente, e, caso, fosse considerado o aumento legal, tal medida viria prejudicá-lo.

No caso de reduzida a pena por graça ou indulto, não é sanção originária que regula o prazo prescricional, mas sim o restante não alcançando pela indulgência soberana.

O prazo da prescrição da pretensão executória também deverá ser reduzido pela metade nos casos de menor de 21 anos à época do fato e do maior de setenta à época da sentença, igualmente ocorre na pretensão da prescrição punitiva.

Nesse sentido, como já visto, a prescrição da pretensão executória é sempre calculada pela pena concretamente fixada.

O reconhecimento da prescrição da pretensão executória somente impede a execução da pena, subsistindo os efeitos secundários penais e extrapenais da condenação.

Quando o prazo começa a correr? Termo inicial: a PPE começa a correr do dia em que:

- a) Transita em julgado a sentença condenatória para acusação.
- b) É revogado o livramento condicional ou sursis – a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena.
- c) A execução é interrompida por qualquer motivo – no caso de interrupção da execução da pena pela fuga do condenado a prescrição também é regulada pelo tempo que resta da pena.

Preceitua CAPEZ:

que a PPE não se confunde com a PPP superveniente, muito embora ambas estejam reguladas pela pena aplicada. A PPP superveniente tem início com a publicação da sentença condenatória, enquanto a PPE com o trânsito em julgado da condenação para a acusação. Além disso, a prescrição superveniente só pode ocorrer antes do trânsito em julgado para a defesa; a prescrição executória, somente após esse trânsito.

2.3 Causas interruptivas

São aquelas que obstam o curso da prescrição, fazendo com que este se reinicie o zero, desprezando-se o tempo já decorrido. Estão previstos no art. 117, senão vejamos:

- a) Início do cumprimento da pena; (art. 117, V);
- b) Continuação do cumprimento de pena; (art. 117, V)
- c) Reincidência (o prazo é interrompido quando o agente pratica o crime e não quando é condenado). (art. 117, VI).

2.4 Causas suspensivas

Conforme CAPEZ:

considera-se a prisão do condenado por qualquer outro motivo que não a condenação que se pretende executar. Nesta hipótese, a prescrição da pretensão de executar uma condenação não ocorre enquanto o condenado estiver preso por motivo diverso da condenação que se quer efetivar (art. 116, parágrafo único).

Em síntese, destaca-se os principais aspectos da prescrição da pretensão executória, bem como passo a passo para contagem, conforme quadro 3 abaixo:

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA (PPE)
Ocorre quando já houver sentença transitada em julgado
1º PASSO: <u>Verificar a pena em concreto aplicada na sentença.</u> Obs. 1) Concurso de crimes, tal como na PPP em concreto deve ser desprezados. Obs. 2) Cumprimento da pena. Em caso de fuga ou de revogação do livramento condicional, a PPE é calculada conforme a pena restante.
2º PASSO: <u>Verificar os prazos do art. 109 do Código Penal</u>
3º PASSO: <u>Verificar o art. 115 do Código Penal</u> (redução do prazo prescricional pela metade nos casos de menor de 21 anos na data do fato ou na maiores de 70 anos na data da sentença) Réu reincidente (+ 1/3) Súmula 220 do STJ : Não é admitido reincidência na PPP
4º PASSO: <u>Verificar os intervalos</u> (art. 112/117 CP) Termo inicial: trânsito para acusação até o início da pena OU revogação do sursi até o início da pena OU fuga até continuação da pena

CAPÍTULO 3 - POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PARA CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO

3.1 Conceito de detração

Antes de iniciarmos um estudo abrangente sobre tal possibilidade, cumpre destacar o conceito do instituto da detração.

A detração penal é o cômputo, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, do tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, de prisão administrativa e de internação em hospital de custódia e tratamento ou estabelecimento similar.

Nas sábias palavras de DAMÁSIO (DAMÁSIO, p. 524):

Detrair significa “abater o crédito de”. Detração penal é o cômputo na pena privativa de liberdade e na medida de segurança do tempo de prisão provisória ou administrativa e o de internação em hospital ou manicômio. O CP disciplina a detração penal no art. 42: “Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o tempo de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

Suponhamos o caso de um agente preso em decorrência de flagrante ou prisão preventiva, permaneça no cárcere durante 01 (um) ano, vindo a ser irrecorrivelmente condenado a 02 (dois) anos de reclusão. Terá de cumprir apenas o 01 (um) ano restante, computando-se na pena o 01 (um) ano já cumprido.

A detração penal regulada pelo art. 42 do Código de Processo Penal também se trata de matéria exclusiva do juízo da execução (art. 66, III, “c” da LEP), no entanto, vejamos algumas questões importantes acerca do tema em análise:

- a) Detração em pena de multa – não é admitida. Antes da Lei 9.268/96, que proibiu a conversão da pena de multa em detenção, havia entendimento no sentido da possibilidade.
- b) Detração e “sursis” – não é possível, pois não há que se falar em diminuição de uma pena que nem sequer esta sendo cumprida. Todavia, revogado o “sursis”, cabível é a detração, já que o condenado deverá cumprir integralmente a pena.
- c) Detração em penas restritivas de direito – de acordo com a literalidade do dispositivo, não seria cabível. Todavia, tal solução seria injusta, já que, se a lei admite o desconto do tempo de prisão provisória para a pena privativa de liberdade, beneficiando quem não faz jus à substituição, refugiria ao bom senso impedi-lo nas hipóteses em que o condenado merece tratamento legal mais ténue. Além disso, a pena restritiva de

direitos substitui a privativa de liberdade pelo mesmo tempo de duração (art. 55 do CP)

- d) Prisão provisória em outro processo – é possível descontar o tempo de prisão provisória de um processo, cuja sentença foi absolutória, em outro processo de decisão condenatória? Para o professor Damásio de Jesus, somente seria possível desde que haja conexão ou continência entre os crimes dos diferentes processos. Todavia, para os outros é possível desde que o crime pelo qual o réu foi condenado tenha sido praticado da prisão no processo em que o réu foi absolvido, para evitar que o agente fique com crédito para com a sociedade (art. 11 da LEP).
- e) Detração para fins de prescrição – pode ser aplicada calculando-se a prescrição sobre o restante da pena.
- f) Medida de segurança – admite-se detração do tempo de prisão provisória em relação ao prazo mínimo de internação. O exame de cessação da periculosidade, portanto, será feito após o decurso do prazo mínimo fixado, menos o tempo de prisão provisória.

Para Capez::

A detração visa impedir que o Estado abuse de poder-dever de punir, sujeitando o responsável pelo fato punível a uma fração desnecessária da pena sempre que houver a perda da liberdade ou a internação em etapas anteriores à sentença condenatória.

Por fim, a detração penal consiste no cômputo de redução na pena ou medida de segurança imposta no final da sentença, do tempo em que o agente cumpriu em prisão ou internação antes de seu julgamento, tendo como principal fundamento o princípio de que ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato.

3.2 Da possibilidade de aplicação da detração para fins de prescrição

Em relação à detração para fins de prescrição, há controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre o entendimento de ser possível ou não a aplicação de tal instituto para contagem da prescrição.

Alguns doutrinadores, tais como Fernando Capez, entende que pode ser aplicada a detração, computando-se a prescrição sobre o restante da pena, ou seja, desconta-se o período

em que o agente permaneceu preso provisoriamente da pena aplicada no caso concreto, calculando-se a prescrição do restante a ser cumprido.

A competência para apreciação desse instituto é exclusivamente do juízo da execução, consoante o artigo 66, inciso III, aliena c, da Lei de Execuções Penais. Neste sentido é a Jurisprudência:

E M E N T A: HABEAS CORPUS - DETRAÇÃO PENAL (CP, ART. 42) - COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS - FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA - APELAÇÃO QUE MANTEVE REGIME PRISIONAL MAIS SEVERO - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PERTINENTE AO EXAME DAS CIRCUNSTÂNCIAS DE ORDEM SUBJETIVA (CP, ART. 59) - PEDIDO DEFERIDO, EM PARTE.

Na esteira desse entendimento, colaciono decisão jurisprudencial acerca do tema em análise:

Deve ser descontado da pena total para efeito do cálculo prescricional, período de tempo equivalente a parte da pena carcerária que o condenado cumpriu preso, em face do disposto no art. 42 do Código Penal, já que a detração aplica-se também para fins prescicionais. (TACRIM – SP – HC – Rel. Gomes de Amorim – RJD 8216). Contra: STF – 1 T – Rel. Sydney Sanches – HC 77470-1 – j. 15.09.1998 – DJU – 09.04.1999, p. 3.

Inobstante ao alegado, por analogia ao artigo 113 do Código Penal e considerando-se a detração penal do artigo 42 do mesmo conjunto normativo, deve-se deduzir no cálculo do prazo da prescrição da pretensão executória o período em que o réu permaneceu submetido à prisão provisória, haja vista, não ser a analogia proscrita quando pode beneficiar o paciente, e também, o alcance por detração penal prevista no Artigo 42 do Código Penal.

E no mesmo sentido é o posicionamento adotado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, porém, reconhecendo a detração para fins prescicionais somente na espécie executória, não se estendendo para a pretensão punitiva, vejamos:

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA VERSUS PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA - DETRAÇÃO.

A detração apenas é considerada para efeito da prescrição da pretensão executória, não se estendendo aos cálculos relativos à prescrição da pretensão punitiva.

(HC 100001, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/05/2010, DJe-110 DIVULG 17-06-2010 PUBLIC 18-06-2010 EMENT VOL-02406-03 PP-00571).

Corroborando com este raciocínio, estabelece o art. 113 do Código Penal que, "no caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena".

Tal regra é que deve nortear o intérprete em situações como a narrada, tendo em conta a lacuna legal no que concerne ao desconto ou não do tempo de prisão provisória no cálculo da prescrição.

Desse modo, tratando-se de matéria penal, a omissão legislativa só pode ser suprida em favor do condenado, aplicando-se a analogia "*in bonam partem*", decorrência natural do princípio constitucional da legalidade.

Com efeito, há absoluta coerência em descontar-se da prescrição da pretensão executória o tempo em que o condenado esteve antes preso provisoriamente, sendo este, data vênua, o nosso entendimento acerca do tema. Segundo DELMANTO¹, "se, mesmo no caso de fuga, não perde o tempo em que ficou preso, não se pode deixar de dar igual tratamento a quem não se evadiu, mas foi legalmente solto pelo juiz".

No mesmo sentido a abalizada opinião Heleno Cláudio Fragoso, que, enfaticamente, salienta causar espanto "que haja decisões em contrário nos tribunais"².

Vale ressaltar, que o entendimento sobre a possibilidade de aplicação da detração para fins de prescrição, é sob o prisma doutrinário e jurisprudencial, uma corrente minoritária, prevalecendo, todavia, a seguinte corrente:

Segundo o entendimento da maioria dos tribunais superiores, não se pode computar a detração para fins prescricionais, pois a detração somente é cabível no abatimento da pena privativa de liberdade ou da medida de segurança, senão vejamos decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

Processo: HC 193415 ES 2010/0230370-6

Relator(a): Ministro GILSON DIPP

Julgamento: 07/04/2011

Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA

Publicação: DJe 28/04/2011

Ementa

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. TENTATIVA. TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA. DETRAÇÃO. FINS DE CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO [113](#) DO [CÓDIGO PENAL](#). INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. ORDEM DENEGADA.

A [aplicação](#) do art. [113](#) do [Código Penal](#) é restrita às situações por ele

1 DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. São Paulo: Renovar, 2000, p. 217.

2 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 425

especificadas, quais sejam, evasão de condenado ou revogação de livramento condicional. Impossibilidade de aplicação extensiva ou analógica. O período de prisão provisória do réu é levado em conta apenas para o desconto da pena a ser cumprida, sendo irrelevante para fins de contagem do prazo prescricional, que deve ser analisado a partir da pena concretamente imposta pelo Julgador e, não, do restante da reprimenda a ser executada pelo Estado. Precedentes. Ordem denegada.

Em outra decisão, esta mesma Corte Superior decidiu, in verbis:

Processo: HC 67491 SP 2006/0216298-4

Relator(a): Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA

Julgamento: 03/10/2007

Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA

Publicação: DJ 05.11.2007 p. 304

Ementa

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. TEMPO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. DETRAÇÃO PARA FINS DE CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. É firme o entendimento desta Corte no sentido de que "o período em que o réu permanece preso provisoriamente, em razão de flagrante, serve apenas para desconto da reprimenda a ser cumprida, não se empregando a detração para fins prescicionais" ([HC 22.484/SP](#), Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, Quinta Turma, DJ de 2/6/03). Precedentes.

2. Ordem denegada.

Nesse sentido, a ampla doutrina e jurisprudência entendem que o art. [113](#) do [Código Penal](#) não comporta interpretação extensiva, razão pelo qual inaplicável à hipótese.

Em outras palavras, o período de prisão provisória, embora haja a possibilidade de detração, não pode ser descontado da pena imposta, antes de iniciar a execução da pena. Não é o restante da pena a ser cumprida que serve de embasamento para a verificação da prescrição da pretensão executória, mas, sim, ao revés, a pena efetivamente imposta no seu todo.

Essa corrente sustenta ainda que não há amparo legal para que o restante da pena (após o cálculo da detração) altere o lapso prescricional da pretensão executória.

Noutra vertente, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça o período em que o réu permanece preso provisoriamente, em razão de flagrante, serve apenas para desconto da reprimenda a ser cumprida, não se empregando a detração para fins prescicionais, possuindo uma interpretação restritiva do art. [113](#) do [CP](#).

Com efeito, é majoritário o entendimento dos Tribunais Superiores a tese de não ser

possível a aplicação da detração para fins prescricionais, face a aplicação do disposto no art. [113](#), do [CP](#) ser restrita aos casos de revogação do livramento condicional ou de evasão do condenado, não se admitindo a interpretação extensiva, portanto, o período de prisão provisória serve apenas para o desconto da pena a ser cumprida, não se empregando a detração para fins prescricionais.

Com a máxima e devida vênia, ousemos discordar nesse ponto dos nobres e preclaros julgadores.

Não parece o mais sensato que o período de prisão provisória sirva apenas para desconto da pena a ser cumprida, de modo que não se admite interpretação extensiva do art. 113, uma vez que se analisarmos o caso de um agente que, mesmo no caso de fuga, não perde o tempo em que ficou preso, não se pode deixar de dar igual tratamento a quem não se evadiu, mas foi legalmente solto pelo juiz.

Segundo o *caput* do artigo 110 do Estatuto Repressor, "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".

Resta evidente, da leitura do aludido dispositivo, que o cálculo do prazo prescricional é feito com base na reprimenda imposta na sentença. Todavia, em se tratando de poder-dever de execução da pena pelo Estado, não há que se falar em sanção aplicada, e sim em pena a ser executada, que nada mais é do que a reprimenda imposta na sentença com todas as alterações havidas em razão de sua execução.

Tanto é assim que o art. 113 do Código Penal dispõe que, nos casos de evasão do condenado ou revogação do livramento condicional, ou seja, em que já foi cumprida parte da reprimenda, deverá ser estabelecido novo cálculo para a prescrição da pretensão executória, sendo, a partir de então, "regulada pelo tempo que resta da pena".

Não se discute que o mencionado permissivo legal restringe-se às hipóteses de evasão do condenado ou de revogação do livramento condicional. Contudo, impossível ignorar, na apreciação do instituto da prescrição penal, o tempo de pena já cumprido pelo réu, a qualquer título (exemplos: prisão provisória e restritivas de direitos).

O art. 42 do Código Punitivo estabelece que:

Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer estabelecimento referidos no artigo anterior.

Igualmente, o § 4.º do artigo 44 do mesmo diploma legal prevê que em casos de

descumprimento injustificado da reprimenda restritiva de direitos, haverá a conversão para pena privativa de liberdade, sendo "deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos".

Portanto, a exemplo das ocasiões acima – evasão do condenado, revogação do livramento condicional, detração e conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade –, em que a sanção a ser executada pelo Estado não é mais aquela estabelecida no decreto condenatório, mas sim o que falta a ser cumprido, não há motivos para que se dê tratamento desigual aos condenados que se encontram em situações idênticas (com parte da reprimenda imposta já cumprida).

A respeito do assunto, lecionam Luiz Carlos Betanho e Marcos Zilli³:

A interpretação puramente literal do art. 110, combinado com o art. 113, que prevalece nos Tribunais, é no sentido de que o prazo da prescrição continua sendo calculado com base na pena imposta, não se levando em conta o tempo da detração; este só serviria para apurar o saldo de pena a cumprir. Não é a melhor solução. Já que o tempo da prisão provisória deve ser computado na pena, não há razão plausível para que seja desconsiderado para fins prescricionais. Pode-se aplicar ao caso o princípio *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, para evitar o tratamento desigual de situações iguais. (Grifo próprio)

Exemplificando, os autores acima mencionados, asseveram que:

[...] suponha-se que um réu condenado a cinco anos de reclusão, que tenha cumprido dois anos e venha a evadir-se. O prazo de prescrição, no caso, seria de 8 anos.

Um outro réu, condenado à mesma pena, que tenha permanecido dois anos na prisão em flagrante e tenha sido solto por ordem judicial, se não aplicado o princípio da detração, teria o prazo prescricional de 12 anos.

Ambos teriam o mesmo tempo de pena a cumprir: 3 anos. No entanto, seriam tratados de modo muito diferente, em termos prescricionais.⁴

O entendimento que interpreta restritivamente o art. 113 do Código Punitivo viola, outrossim, o princípio constitucional da proporcionalidade, na medida em que trata de maneira mais benéfica aquele que respondeu ao processo solto, foi preso tão-somente após o trânsito em julgado da condenação e, depois de cumprir certo tempo de pena, se evade. Com mais rigor, porquanto tem o Estado maior prazo para iniciar a execução definitiva da pena,

3 FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação* – doutrina e jurisprudência. 8.ed. São Paulo: RT, 2007, p. 582.

4 *Ibidem*.

aquele que colabora com o judiciário aguardando seu julgamento preso e tem, por exemplo, concedida uma liberdade provisória no curso do processo.

Pierpaolo Cruz Lima, sobre o princípio da proporcionalidade, afirma que:

[...] a obrigatória observância do "devido processo legal" (art. 5.º, LIV, CF/1988) acarreta na caracterização da proporcionalidade como princípio constitucional. Se o constituinte obriga a observância do "devido processo legal" para privar alguém de liberdade ou de seus bens, significa que este "processo" não só deve observar as normas legais pertinentes, como também estas normas pertinentes devem apresentar-se como racionais, com "razoabilidade". A existência de uma norma irracional e seu cumprimento podem até satisfazer uma concepção formal de "devido processo legal" mas não satisfazem sua dimensão material, que exige – além da existência da norma – conteúdo "razoável" e "proporcional" à mesma. (grifo próprio)⁵

Por fim, vale ressaltar, novamente, alguns precedentes que compartilham desse entendimento:

HABEAS CORPUS - DETRAÇÃO - DESCONTO NA PENA TOTAL DO TEMPO QUE O CONDENADO FICOU PRESO PREVENTIVAMENTE, PARA FINS DE CÁLCULO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA - APLICAÇÃO DOS ARTS. 42 E 113 DO CP - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECRETADA.

"Deve ser descontado da pena total, para efeito do cálculo prescricional, período de tempo equivalente à parte da pena carcerária que o condenado cumpriu preso, em face do disposto no art. 42 do CP, já que a detração aplica-se também para fins prescricionais" (RJDTACRIM 8/216) (TJSC – HC n. 1996.002162-0, rel. Des. Álvaro Wandelli, j. Em 28.5.1996).

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO. DETRAÇÃO. ARTIGOS 42 E 113 DO CP. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. 1) Se pela interpretação literal do art. 113, depreende-se que ao réu que foge é assistido o direito de valer-se da detração para fins prescricionais, computando-se o prazo prescricional apenas pelo restante da pena a ser cumprida, com muito mais razão deve o mesmo direito assistir ao réu que, no início do processo, permaneceu segregado cautelarmente, não causando embaraços à instrução processual, nem furtando-se à aplicação da Lei Penal. 2) Em prestígio ao princípio constitucional implícito da proporcionalidade, deve tempo pelo qual o apenado remanesceu preso provisoriamente há que ser computado no cálculo de sua pena, e considerado para efeitos de prescrição. 3) Agravo improvido (TJES – Ag. Ex. n. 24000133397, rel. Des. Adalto Dias Tristão, j. em 13.5.2009 – grifei).

5 FRANCO, Alberto Silva; e NUCCI, Guilherme de Souza. *Doutrinas essenciais direito penal*. v. I, São Paulo: RT, 2010, p. 488-489

AGRAVO. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DO REMANESCENTE DA PENA. APELO DESPROVIDO. O tempo pelo qual o apenado remanesceu preso provisoriamente há que ser computado no cálculo de sua pena, e considerado para efeitos de prescrição. Não há como se acolher o pleito ministerial de que a "detracção" só pode ser levada em conta a condenado que se evadiu durante o cumprimento de sua pena, fato que ofenderia ao princípio da proporcionalidade. Apelo desprovido (TJRJ, Ag. Ex. n. 2007.076.00954, rel. Des. Eduardo Mayr, j. em 4.10.2007 – grifei).

Do Tribunal da Cidadania, extrai-se do voto vencido do Excelentíssimo Ministro Nilson Naves, no HC n. 36.011/SP, j. em 19.10.2004:

[...] se se regula a prescrição pelo tempo que resta da pena, no caso de fuga do condenado, justifica-se, então, se adote a plenos pulmões idêntico critério no caso de que estamos cuidando. Ora, quando se cuida da hermenêutica e da aplicação das normas penais, recomenda-se, de um lado, se interpretem estritamente as normas que restringem a liberdade humana, mas, de outro, que se interpretem extensivamente normas que vêm ao apelo dos indiciados, dos réus e dos condenados. Justificar-se-ia, em casos que tais, até a analogia, nos dizeres de Maximiliano em sua Hermenêutica.

Quando se trata de caso não-regulamentado, admite-se se lhe aplique a teoria do caso regulamentado, desde que exista entre eles a mesma ratio legis. Nessa circunstância, lembra Bobbio, também recordada por Maximiliano, entre outros doutrinadores, a regra do *ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio* (onde houver o mesmo motivo, há também a mesma disposição de direito). Ora, a fuga do condenado (ou a revogação do livramento condicional) – caso regulamentado – tem, de acordo com a minha convicção, os mesmos contornos da hipótese descrita nestes autos – caso não-regulamentado. É-lhes comum a ratio legis.

Correta se me apresenta, por conseguinte, a pretensão do desconto da prisão provisória – aqui, da prisão decorrente do flagrante [...] (grifei).

CONCLUSÃO

Neste trabalho, procuramos traçar um entendimento da importância da prescrição sob a óptica social, uma vez que a pena só é legítima quando traduz o sentimento médio da coletividade, sendo assim, insistir em apenar o delito cuja repercussão social diminui pelo esquecimento criaria dentro do Direito Penal uma contradição de grande interesse moral, bem como sua respectiva efetivação.

Nesta toada, embora complexo, o instituto se faz necessário no ordenamento para não atribuir ao Estado um direito ilimitado, visando impedir eventuais incertezas e injustiças que possam vir a surgir, em virtude da inércia estatal em cumprir com os direitos e obrigações decorrentes de sua natureza.

Em seguida, vimos também que em relação à aplicação da detração para fins prescricionais, a doutrina, bem como a jurisprudência divergem no sentido de entender ser possível o desconto para fins prescricionais e o entendimento de não ser possível a aplicação, predominando, no entanto, a última orientação.

É de se asseverar que, a impossibilidade de aplicação do instituto da detração para fins de contagem da prescrição, viola o princípio da proporcionalidade na medida em que trata de maneira mais benéfica aquele que respondeu ao processo solto, e somente foi preso após o trânsito em julgado da condenação e, depois de cumprir certo tempo de pena, foge.

Dessa maneira tal entendimento não coaduna com a realidade fática, uma vez que ao analisarmos literalmente o art. 113, depreende-se que o réu que foge é assistido o direito de valer-se da detração para fins prescricionais, computando-se o prazo prescricional apenas pelo restante da pena a ser cumprida, e, com muito mais razão deveria o mesmo direito assistir ao agente que, no início do processo, permaneceu segregado cautelarmente, não causando embaraços à instrução processual, nem furtando-se à aplicação da Lei Penal.

Diante do estudo ora apresentado conclui-se que, não é porque a lei não prevê expressamente a figura da aplicação da detração para fins prescricionais que a mesma não pode ser alcançada, motivo pelo qual é possível afirmar, contrariando os mais formalistas, que quando se trata de caso não-regulamentado, admite-se que lhe aplique a teoria do caso regulamentado, desde que exista entre eles a mesma *ratio legis*, que em outras palavras nada mais é que a razão de ser da lei.

Ponto finalizando, sobreleva dizer que, os operadores do direito, assim, como um viajante, deve estar sempre pronto para o amanhã, devendo, pois, desse modo ser analisado, caso a caso, para ser pacificada a aplicação da detração para fins prescricionais, sendo esse o

novo Direito penal, que se mostra antagônico frente ao Direito Penal formalista e literalista do século passado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BENEDETTI, Carla Rahal. *Prescrição Penal Antecipada*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- BRASIL. Código Penal.
- BRASIL. Código de Processo Penal.
- CAPEZ, Fernando. *Direito Penal simplificado* - parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. São Paulo: Renovar, 2000.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- FRANCO, Alberto Silva e NUCCI, Guilherme de Souza. *Doutrinas essenciais direito penal*. V. I, São Paulo: RT, 2010.
- FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação – doutrina e jurisprudência*. 8.ed. São Paulo: RT, 2007.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. v. 1 - parte geral. Niterói: Impetus, 2007.
- JESUS, Damásio de. *Direito Penal* - parte geral V.1 São Paulo: Saraiva, 1998.
- MIRABETTI, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. 21ª Ed. São Paulo: Atlas. 2003.
- VANZOLINI, Maria Patrícia. *Prática penal*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.