

PÓS-GRADUAÇÃO DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

**DA NÃO APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO EM CASOS DE
ABSOLVIÇÃO DO ARTIGO 386, INCISOS I E IV DO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL**

Fernando Freitas Lopes Sá

PÓS-GRADUAÇÃO DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

**DA NÃO APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO EM CASOS DE
ABSOLVIÇÃO DO ARTIGO 386, INCISOS I E IV DO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL**

Fernando Freitas Lopes Sá

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção da especialização em Direito Penal, sob orientação do Professor Marcus Vinicius Feltrim Aquotti.

**DA NÃO APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO EM CASOS DE
ABSOLVIÇÃO DO ARTIGO 386, INCISOS I E IV DO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção da
especialização em Direito Penal.

MARCUS VINICIUS FELTRIM AQUOTTI

CLÁUDIO JOSÉ PALMA SANCHEZ

FERNANDA DE MATOS LIMA MADRID

Presidente Prudente/SP, 27 de março de 2018

“Trabalho a sério, com fé e dedicação, pode fazer você vencer todos os obstáculos e conseguir o que quer!”

Chester Bennington, vocalista da banda Linkin Park

“A única maneira de fazer um bom trabalho é amando o que você faz. Se você ainda não encontrou, continue procurando. Não se desespere. Assim como no amor, você saberá quando tiver encontrado.”

Steve Jobs.

Dedico este trabalho a todos que sempre me apoiam e me apoiaram, em especial a Deus, pois Ele é o maior apoio que qualquer pessoa pode ter, aos meus pais, meus irmãos, minha noiva, meus avós, meus tios, meus primos, pois, sem todos eles, jamais eu teria conseguido chegar até aqui.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, pois Ele é o motivo de toda existência, tudo somente acontece com sua permissão e, se hoje estou aqui, é porque por Ele foi permitido.

Agradeço também aos meus pais, que sempre foram meu alicerce, a minha razão de viver, as pessoas que sempre me deram total apoio, independentemente do que acontecesse, desde os momentos mais fáceis aos mais difíceis.

Aos meus irmãos, cada um com seu jeito, que sempre me incentivaram e estiveram ao meu lado em minhas escolhas.

Meus avós, tanto aos que já se foram quanto meu avô que permanece vivo, me apoiando e torcendo pelo meu sucesso em minha jornada.

À minha noiva, que, apesar das dificuldades, sempre me apoiou e suportou as adversidades para ficar ao meu lado, o que me deu muito mais força para conseguir alcançar meus objetivos e continuar planejando maiores conquistas.

Ao meu orientador, Professor e Mestre Marcus Vinicius Feltrim Aquotti, que aceitou o convite de me orientar neste trabalho, depositando total confiança em meu empenho para esta realização, bem como se empenhando sempre em contribuir com toda sua experiência e capacidade, tanto em âmbito profissional quanto acadêmico, desde o primeiro contato, na graduação, até os dias atuais, na pós-graduação e no ambiente de trabalho.

Aos professores que compõem a presente banca.

Aos professores dos tempos de colégio, da graduação e, atualmente, da pós-graduação, que contribuíram grandemente para o meu crescimento, tanto acadêmico quanto profissional, desde o primeiro dia de aula da minha vida até os dias atuais.

Aos meus amigos, de todos os ciclos de amizades, sejam os de trabalho, bairro, infância, juventude, colégio, graduação, pós-graduação, academia de polícia, todos foram e são muito importantes para mim, pois cada um contribuiu de alguma forma para que eu chegasse tão longe.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar, de forma simplificada, a não aplicação do instituto da prescrição penal em determinadas situações, haja vista que nem sempre sua aplicabilidade é mais benéfica ao indivíduo. Para tanto, explana-se os principais princípios norteadores do direito, os quais se relacionam tanto com o instituto da prescrição quanto da absolvição. O tema desta pesquisa está inserido no cotidiano nacional, e, via de regra, gera efeitos penal, civil e administrativo. Foi feito o uso de documentação indireta de fontes secundárias, e direta colhida através de formulário. A pesquisa também mencionou os tipos de prescrição previstos no ordenamento jurídico brasileiro, bem como algumas diferenças entre as modalidades de prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória. Outrossim, o trabalho descreve as modalidades de absolvição previstas na legislação pátria, analisando as hipóteses em que cada uma dela é cabível. Ainda, foram explanadas as consequências da aplicação da prescrição, bem como hipóteses em que não seria viável seu emprego, optando-se pela aplicação da absolvição. Foi dado destaque especial aos casos em que o réu prova sua inocência de forma categórica, provando que não cometeu a infração penal ou que aquela situação não existiu. O estudo propôs ainda uma breve análise do que a jurisprudência entende sobre estes casos, bem como o que seria mais benéfico em cada caso. Por fim, foram mencionados alguns institutos relativamente semelhantes e que podem embasar a aplicação da absolvição em detrimento da prescrição.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Processual Penal. Prescrição Penal. Absolvição. Interesses da Sociedade.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por meta analizar, de modo sencillo, la no aplicación del instituto de la prescripción penal em algunas situaciones, en vista de que ni siempre su aplicabilidad eres más benefisiosa a la persona. Así, se expone los principales principios guías de el derecho, los cuales tienem relación tanto con el instituto de la prescripción cuanto de la absolución. El tema de esta investigación está inserto em el cotidiano nacional, y, por regla general, genera efectos penales, civiles y administrativos. Se hizo el uso de documentación indirecta de fuentes secundarias, y directa cosechada a través de formulario. La investigación también mencionó los tipos de prescripción previstos en el ordenamiento jurídico brasileño, así como algunas diferencias entre las modalidades de prescripción de la pretensión punitiva y prescripción de la pretensión ejecutiva. Además, el trabajo describe las modalidades de absolución previstas en la legislación patria, analizando las hipótesis en que sea aplicable cada una de ellas. Además, se explicaron las consecuencias de la aplicación de la prescripción, así como hipótesis en que no sería viable su empleo en determinados casos, optando por la aplicación de la absolución. Se há dado mayor destaque. Se dio especial especial a los casos en que el reo prueba su inocencia de forma categórica, probando que no cometió la infracción penal o que esa situación no existió. El estudio propuso un breve análisis de lo que la jurisprudencia entiende sobre estos casos, así como lo que sería más benefisioso en cada caso. Por último, se han mencionado algunos institutos relativamente similares y que pueden basar la aplicación de la absolución en detrimento de la prescripción. se ha dado mayor destaque

Palabras clave: Derecho Penal. Derecho Procesal Penal. Prescripción Penal. Absolución. Intereses de la Sociedad.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	11
2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	11
2.2 Princípio da Proporcionalidade.....	12
2.3 Princípio da Presunção de Inocência	14
2.4 Princípio do Devido Processo Legal.....	14
2.5 Princípio da Ampla Defesa	16
3 DA PRESCRIÇÃO	17
3.1 Conceito.....	17
3.2 Espécies	18
3.2.1 Prescrição da Pretensão Punitiva Propriamente Dita	20
3.2.2 Prescrição da Pretensão Punitiva Retroativa	23
3.2.3 Prescrição Virtual	25
3.2.4 Prescrição da Pretensão Punitiva Superveniente	28
3.2.5 Prescrição da Pretensão Executória	29
3.2.6 Da Aplicação da Prescrição em Situações Fáticas.....	30
4 DA ABSOLVIÇÃO	32
4.1 Conceito.....	32
4.2 Espécies	32
5 EFEITOS PRÁTICOS	36
5.1 Da Prescrição	36
5.2 Da Absolvição	36
5.3 Da Aplicação do Instituto Mais Benéfico	38
6 JURISPRUDÊNCIAS	40
7 INSTITUTOS DIVERSOS COM SOLUÇÕES SEMELHANTES	42
7.1 Do Perdão do Ofendido em Ação Penal Privada.....	42
7.2 Da Exceção da Verdade em Crimes Contra a Honra	44

8 CONCLUSÃO	47
BIBLIOGRAFIA	48

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo expor a importância da relativização da aplicação da prescrição que, apesar de aparentar ser apenas benéfica ao agente, algumas vezes pode ser menos benéfica, e o foco principal do presente trabalho são justamente estas situações.

A prescrição em si é um instituto para beneficiar o réu, pois extingue sua punibilidade mesmo que existam provas cabais que sejam capazes de ensejar sua condenação.

Outra justificativa para a existência da prescrição é que não seria razoável aguardar eternamente por um julgamento e eventual condenação, ficando o agente a mercê da boa vontade do Estado para agir.

Ao mesmo tempo, é um instituto que pune o Estado por não agir em tempo hábil, tirando-lhe o direito de punir o agente.

Em todo caso, sua aplicação, via de regra, é para beneficiar o réu, entretanto, como dito, nem sempre sua aplicação é melhor para o cidadão, pois ele pode querer provar sua inocência, ainda que não exista mais a possibilidade de o Estado puni-lo.

Desta maneira, na presente pesquisa, primeiramente, serão expostos alguns princípios constitucionais, os mais importantes dentre os relacionados à prescrição e à absolvição, que são o princípio da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da presunção de inocência, do devido processo legal e da ampla defesa.

Após, será analisada a prescrição, desde seu conceito até suas espécies, passando por todas as modalidades de prescrição da pretensão punitiva, até a prescrição da pretensão executória e a aplicação de cada tipo de prescrição em uma situação fática.

Posteriormente, passa-se à análise da absolvição, sendo explicado seu conceito e suas espécies, incluindo as hipóteses de absolvição categórica, dubitativa, sumária e até a imprópria.

Também serão vistos os efeitos práticos tanto da prescrição quanto da absolvição, dando ênfase aos efeitos extrapenais de cada instituto, demonstrando a grande importância da relativização da aplicação da prescrição.

Outrossim, será exposto o que a jurisprudência pátria tem entendido sobre tal tema, dando base e força para a tese de que a prescrição deve ser relativizada em algumas situações.

Adiante, de um modo geral, será explicada a aplicação do instituto mais benéfico ao agente, bem como analisadas a prescrição e a absolvição, demonstrando qual dos institutos seria mais benéfico em determinadas situações.

Em seguida, serão mencionados alguns institutos do direito penal brasileiro que possuem soluções semelhantes, que são a aplicação do perdão do ofendido nos crimes de ação penal privada, e a exceção da verdade nos crimes contra a honra.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Como é sabido, todo instituto previsto em nosso ordenamento jurídico tem como base um princípio sobrejacente, e com relação à prescrição e absolvição não seria diferente.

É extremamente importante mencionar isso, em especial para demonstrar a real necessidade de sua existência e os motivos que levaram a sua introdução em nosso ordenamento jurídico.

Assim, neste tópico, serão vistos os princípios mais importantes que norteiam a aplicação da prescrição, de modo a não deixar dúvidas com relação à sua importância, lembrando que estes não são os únicos princípios, mas os principais para a discussão do presente tema.

2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

É notório que este é o princípio mais importante de nosso ordenamento jurídico, e não por acaso, é amplamente utilizado em todos os ramos e esferas do direito, vez que abrange todas as pessoas, independentemente de sua condição.

É um princípio previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, logo no artigo 1º, inciso III.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III – a dignidade da pessoa humana.

Outra base constitucional do referido princípio é o artigo 5º, “caput”, o qual diz que “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”.

Toda pessoa deve ser tratada de forma digna, por mais que tenha cometido ilícitos penais, quaisquer que sejam eles, de modo que não devem existir abusos por parte do Estado.

Desta maneira, via de regra, não há como distinguir umas pessoas de outras, pois a Constituição Federal é clara ao dizer que todos são iguais perante a lei, logo, em igualdade de condições, todos têm os mesmos direitos e deveres.

Júlio Cesar Finger (2000, p. 94-95), menciona a importância do princípio da dignidade da pessoa humana em um aspecto constitucional e humanitário.

... os princípios constitucionais, entre eles o da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1.º, inciso 111), que é sempre citado como um princípio-matriz de todos os direitos fundamentais, colocam a pessoa em um patamar diferenciado do que se encontrava no Estado Liberal.

Contudo, cabe mencionar que, apesar da previsão expressa de igualdade entre todos, obviamente devem ser observadas as minorias, que são alguns grupos de pessoas que, por sua condição, necessitam de uma atenção especial, tais como os deficientes físicos e mentais, os quais, em razão desta condição, necessitam de um tratamento diferenciado, de modo a proporcionar a estas pessoas o mínimo de dignidade.

2.2 Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade

Outro princípio extremamente importante em nosso ordenamento jurídico é o princípio da proporcionalidade, o qual deve ser observado não apenas no âmbito penal, mas em todas as áreas do direito, inclusive no que tange à prescrição.

Obviamente, em matéria penal, tal princípio deve ser melhor explorado e observado, afinal, a punição mais grave em tempos de paz que existe hoje no território pátrio é o cerceamento da liberdade, e não pode existir abusos, devendo o

Estado punir o sujeito de forma proporcional e justa, de acordo com o ilícito praticado.

Ao analisar o caso concreto, o julgador deve aplicar a pena ao infrator levando-se em conta todos os aspectos, desde o início da execução do delito, bens jurídicos violados, circunstâncias do autor e vítima, até sua consumação ou, eventualmente, o encerramento dos atos executórios, sendo vedado o excesso de punição.

Em se tratando de prescrição não é diferente, afinal, é um dever do Estado de punir o agente infrator, contudo, é um direito do cidadão, por mais que tenha cometido várias atrocidades, de ser processado e julgado em um período razoável, proporcional ao que praticou.

Um exemplo da aplicação do princípio da proporcionalidade é a comparação no procedimento e punição de crimes diferentes, como a lesão corporal leve e um homicídio, ou seja, não é proporcional que uma pessoa que tenha lesionado outrem de forma dolosa receba a mesma punição que uma pessoa que mata alguém, ou, em se tratando de prescrição, não é proporcional que o tempo de prescrição destes dois delitos seja o mesmo, afinal, há uma desproporção imensa entre um delito e outro.

Pedro Lenza (2015, p. 184) menciona Inocêncio Mártires Coelho, ao expor a doutrina de Karl Larenz (2007, p. 109) a respeito do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade.

...o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Assim sendo, todo aquele que comete uma infração penal deve ser punido de forma proporcional e em tempo proporcional ao delito praticado, de modo que a prescrição para delitos maiores seja em tempo maior, e aos delitos menos seja em período mais curto.

2.3 Princípio da Presunção de Inocência

Outro princípio de extrema importância é o princípio da presunção de inocência, que basicamente significa que ninguém será considerado culpado até que seja provada sua culpa, logo, não é o indivíduo que tem que provar sua inocência, pois esta é presumida, mas sim o Estado provar sua culpa.

Nesta linha de raciocínio também discorre Pedro Lenza (2015, p. 1219) sobre o princípio da inocência ou da não culpabilidade.

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim, nada mais natural que a inversão do ônus da prova, ou seja, a inocência é presumida, cabendo ao MP ou à parte acusadora (na hipótese de ação penal privada) provar a culpa. Caso não o faça, a ação penal deverá ser julgada improcedente.

É um princípio constitucional, previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, o qual segue transcrito abaixo.

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:
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Existe grande relação deste princípio com a prescrição, pois, afinal, mais do que o direito de presunção da inocência e de ser processado e julgado em um período pré-estabelecido, é direito de cada um poder provar sua inocência, ainda que aquela imputação tenha prescrito.

2.4 Princípio do Devido Processo Legal

Não menos importante do que os demais princípios citados é o princípio do devido processo legal.

Como é sabido, todo aquele que tem contra si uma demanda judicial, independentemente de qual esfera que seja (criminal, cível, trabalhista, dentre outras), tem o direito de ser processado de acordo com o que determina a lei, sendo respeitados todos os trâmites previstos.

Tal princípio é previsto no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal, que diz:

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.

Seguindo o que determina a Constituição Federal, Pedro Lenza (2015, p. 1221) destaca que tal princípio aplica-se tanto em processos judiciais quanto administrativos.

Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Corolário a esse princípio, asseguram-se aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Vale lembrar que, a violação de tal princípio gera nulidade, afinal, este é um direito e garantia constitucional e individual de cada pessoa, e negar tal direito para um indivíduo é negar para todos, afinal, todas as pessoas estão sujeitas a passar por uma situação em que necessite se defender em um processo, seja judicial ou administrativo.

A grande relação deste princípio com a prescrição é que a prescrição é prevista em lei e faz parte do devido processo legal, de modo que não deve ser deixado de lado em hipótese alguma.

Por outro lado, em se tratando de processo penal, quando a prescrição de algum modo possa prejudicar o processado, é seu direito poder se defender, no intuito de provar sua inocência, seja comprovando a inexistência do fato, seja

comprovando que não concorreu de forma alguma para ele, fazendo valer efetivamente seu direito ao devido processo legal.

2.5 Princípio da Ampla Defesa

Este princípio é muito interligado ao princípio mencionado anteriormente, vez que somente é possível exercer a ampla defesa em um processo legal.

Entretanto, o princípio da ampla defesa é muito mais do que apenas parte do devido processo legal, é também a oportunidade que o indivíduo tem de se manifestar em um processo, de dar sua versão sobre os fatos e apresentar todas as provas que possuir para sua defesa.

Não por acaso, tal princípio também é previsto em nossa Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LV, o qual diz que:

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.

Observa-se que a Constituição Federal não se restringe a apenas uma área do direito, ou mesmo a processos judiciais, mas também a processos administrativos, que podem ser tão embaraçosos quanto processos judiciais penais.

Sua grande relação com a prescrição é justamente no sentido de o indivíduo poder se defender, ainda que a prescrição tenha sido decretada.

3 DA PRESCRIÇÃO

A prescrição em nosso ordenamento jurídico é de extrema importância, haja vista ser um limitador para a parte exercer seu direito, no caso do direito penal, o direito do poder de punir do Estado, sendo concedido um prazo razoável para que seja concluído um processo.

Neste sentido, Cleber Masson (2014, p. 493) tenta demonstrar como é o funcionamento da prescrição.

“Na ampla maioria dos casos, há ainda limites temporais, pois o direito de punir não pode se arrastar, ao longo dos anos, eternamente. O Estado deve aplicar a sanção penal dentro de períodos legalmente fixados, pois em caso contrário sua inércia tem o condão de extinguir a consciência do delito, renunciando implicitamente ao poder que lhe foi conferido pelo ordenamento jurídico. Cabe a ele, pois, empreender todos os esforços para que a punibilidade se efetive célere e prontamente. Entra em cena o instituto da prescrição. É como se, cometida uma infração penal, o sistema jurídico virasse em desfavor do Estado uma ampulheta, variando o seu tamanho proporcionalmente à gravidade do ilícito penal. O poder-dever de aplicar a sanção penal precisa ser efetivado antes de escoar toda a areia que representa o tempo que se passa, pois, se não o fizer dentro dos limites legalmente previstos, o Estado perderá, para sempre, o direito de punir.”

Existem várias espécies de prescrição dentro do direito penal, sendo todas devidamente explicadas neste capítulo.

3.1 Conceito

A prescrição nada mais é do que a perda de determinada pretensão, de determinado direito que, se não for realizado dentro do prazo estipulado em lei, perde sua proteção jurídica.

Cleber Masson (2014, p. 493) traz um conceito esclarecedor a respeito da prescrição.

Prescrição é a perda da pretensão punitiva ou da pretensão executória em face da inércia do Estado durante determinado tempo legalmente previsto.

Pretensão punitiva é o interesse em aplicar uma sanção penal ao responsável por um crime ou por uma contravenção penal, enquanto a pretensão executória é o interesse em executar, em exigir o cumprimento da sanção penal já imposta.

Como dito, ela existe para que o detentor de determinado direito o exerça em tempo hábil e razoável, sob pena de não poder mais exercê-lo, sendo uma espécie de punição para aquele que se queda inerte.

No direito penal, ela se configura quando o Estado perde o direito de punir o infrator por não ter exercido tal direito em tempo hábil, afinal, caso não existisse a prescrição, qualquer pessoa que cometa qualquer crime ficaria a mercê da boa vontade do Estado em puni-la.

Deste modo, com a existência da prescrição, a parte é incentivada a dar prosseguimento ao seu direito o mais rápido possível, tanto para não perde-lo, quanto para ver o infrator devidamente punido.

3.2 Espécies

No Brasil existem basicamente dois tipos de prescrição, quais sejam, a prescrição da pretensão punitiva, e a prescrição da pretensão executória.

Masson (2014, p. 496) define bem a prescrição da pretensão punitiva.

Prescrição da pretensão punitiva: Essa modalidade de prescrição **obsta o exercício da ação penal**, seja na fase administrativa (inquérito policial) ou na fase judicial (ação penal). Não há interesse apto a legitimar a intervenção estatal, autorizando-se inclusive a rejeição da denúncia ou queixa, nos moldes do art. 395, II, do CPP. Se já foi instaurada a persecução penal, por outro lado, a prescrição da pretensão punitiva impede a sua continuação. Deve o magistrado, depois de ouvido o MP, declarar a extinção da punibilidade, sem análise do mérito, arquivando-se os autos em seguida. Caso assim não faça, assistirá ao acusado o direito de impetrar habeas corpus para cessar a coação ilegal (art. 648, VII, do CPP). Seu reconhecimento é da competência do membro do Poder Judiciário a quem estiver afeta a ação penal: juízo de 1ª instância ou tribunais, em grau de recurso ou no caso de infrações penais que sejam de sua competência originária. Por último, a prescrição da pretensão punitiva **apaga todos os efeitos de eventual sentença condenatória já proferida, principal ou secundários, penais ou extrapenais**. Não servirá como pressuposto da reincidência, nem como Maus antecedentes. Além disso, não constituirá título executivo no juízo civil (grifo do autor).

No caso da prescrição da pretensão punitiva, esta se subdivide em prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, prescrição da pretensão punitiva retroativa e prescrição da pretensão punitiva superveniente, entretanto, há quem ainda dê uma outra subdivisão a este tipo de prescrição, que é a prescrição da pretensão punitiva virtual, de modo que todas elas serão devidamente explicadas a seguir.

Ela nada mais é do que a perda da pretensão punitiva do Estado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória e, em ocorrendo ela, não há mais que se analisar o mérito da questão, ou seja, o juiz não poderá dizer se o indivíduo é culpado ou inocente, devendo extinguir o processo com a resolução de mérito.

Já a prescrição da pretensão executória é a prescrição que decorre após o trânsito em julgado que, por qualquer motivo que seja, houve uma condenação, mas o indivíduo ainda não começou o cumprimento de sua pena.

Masson (2014, p. 496 e 497) também dá a definição de prescrição da pretensão executória.

Prescrição da pretensão executória: Como já existe trânsito em julgado da sentença penal condenatória para acusação e defesa, compete ao **juízo da execução** reconhecê-la e declarar a extinção da punibilidade, depois de ouvido o Parquet, comportando essa decisão recurso de agravo, sem efeito suspensivo (arts. 66, II, e 197 da LEP). **Extingue somente a pena (efeito principal), mantendo-se intocáveis todos os demais efeitos secundários da condenação, penais e extrapenais.** O nome do réu continua inscrito no rol dos culpados. **Subsiste a condenação**, ou seja, não se rescinde a sentença penal, que funciona como pressuposto da reincidência dentro do período depurador previsto no art. 64, I, do CP. Por igual fundamento, a condenação caracteriza antecedente negativo e serve como título executivo no campo civil (grifo do autor).

Neste último caso, apesar de já existir uma condenação contra o infrator, não poderá se executar esta condenação – daí o nome de prescrição da pretensão executória.

Há uma pretensão de se executar a pena, contudo, devido à prescrição, não há mais a possibilidade de obriga-lo a cumprir, ou seja, o Estado perde o direito de punir o agente.

3.2.1 Prescrição da pretensão punitiva propriamente dita

A prescrição da pretensão punitiva propriamente dita é a primeira prescrição que pode ocorrer, logo, a primeira a ser analisada.

O doutrinador Cleber Masson (2014, p. 497) explica de forma simples como se dá este tipo de prescrição.

A prescrição é a perda do direito estatal de punir por força do decurso do tempo. Antes de se retirar um direito de qualquer pessoa, deve-se dar a ela todas as chances de exercê-lo. Com o Estado não é diferente. Na prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, não há trânsito em julgado para acusação nem para defesa. Nada impede, assim, a fixação da pena no máximo legal. E, se a reprimenda pode chegar ao limite máximo, não se pode privar o Estado do direito de punir com base em quantidade diversa de sanção penal. Por esse motivo, essa prescrição deve levar em consideração o **máximo da pena privativa de liberdade cominada ao delito** (grifo do autor).

Seu termo inicial é, via de regra, o cometimento da infração penal, ou seja, de sua consumação.

Contudo, existem outras situações em que a prescrição pode ter seu início em outro momento, mas isso dependerá da espécie de crime que é cometido, ou mesmo se houve sua consumação.

O artigo 111 do Código Penal expõe de forma clara as possibilidades de início da contagem da prescrição.

Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

I - do dia em que o crime se consumou;

II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;

III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;

IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.

V - nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.

Ou seja, em qualquer crime que seja cometido no Brasil, a prescrição deverá se enquadrar em alguma das situações descritas no mencionado artigo.

Entretanto, vale ressaltar que há crimes em que a Constituição Federal diz que são imprescritíveis, ou seja, não há a perda do poder de punir do Estado, logo, são uma exceção a esta regra.

Os crimes imprescritíveis são os de racismo e as ações de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, conforme dispões o artigo 5º, incisos XLII e XLIV da Constituição Federal.

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;

Retornando aos crimes prescritíveis, além de saber o termo inicial e final para a prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, há que ser mencionado o prazo deste tipo de prescrição, que é contado de acordo com a pena máxima cominada em abstrato, conforme disposto no artigo 109 do Código Penal.

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.

Em suma, se, por exemplo, o agente comete o crime de ameaça, previsto no artigo 147 do Código Penal e cuja pena é de 01 (um) a 06 (seis) meses

de detenção ou multa, a prescrição se dará em 03 (três) anos, conforme inciso VI do artigo supramencionado.

Contudo, deve ser mencionado que até o advento da Lei nº 12.234/2010, a prescrição para os crimes cuja pena fosse inferior a 01 (um) ano, a prescrição ocorreria em 02 (dois) anos, e tal regra é válida para toda infração penal cometida antes desta lei.

Ainda, tão importante quanto saber o termo inicial da prescrição, é saber o termo final, e este está previsto no artigo 117 do Código Penal.

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

I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;

II - pela pronúncia;

III - pela decisão confirmatória da pronúncia;

IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;

V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;

VI - pela reincidência.

§ 1º - Excetuosos os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles.

§ 2º - Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.

Verifica-se que existem várias causas que interrompem a prescrição, de modo que é possível concluir que o término de uma prescrição é ao mesmo tempo o início de outra, conforme mencionado no §2º deste dispositivo.

Para a prescrição da pretensão punitiva propriamente dita o que interessa é o termo inicial previsto no artigo 111 do Código Penal e as interrupções dos incisos I ao IV, sendo neste último inciso contado a partir do trânsito em julgado para a acusação, a qual se inicia uma nova modalidade de prescrição, qual seja, a prescrição da pretensão punitiva superveniente, que será exposta em momento oportuno.

Desta maneira, entre o início da contagem da prescrição até a sentença condenatória recorrível, observando-se o recebimento da denúncia, a qual é uma causa de interrupção da prescrição, é analisada esta modalidade de prescrição, sempre levando-se em conta o máximo da pena cominada em abstrato.

3.2.2 Prescrição da pretensão punitiva retroativa

Após ser verificada a prescrição anterior, caso ela não tenha ocorrido, passa-se a análise da prescrição da pretensão punitiva retroativa.

Este tipo de prescrição possuía até o ano de 2010 uma grande semelhança com a prescrição mencionada anteriormente, qual seja, o período analisado.

Para não ocorrer qualquer tipo de confusão, primeiramente será exposto como esta modalidade de prescrição era analisada antes do advento da Lei nº 12.234/2010.

Este período era analisado da seguinte maneira, em não ocorrendo a prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, após a sentença penal condenatória recorrível, era analisado o período entre a consumação da infração penal (ou outra modalidade de início da prescrição) até o recebimento da denúncia, e entre o recebimento da denúncia até a sentença penal condenatória recorrível, levando-se em conta a pena fixada nesta sentença, ou seja, poderia ocorrer a prescrição da pretensão punitiva retroativa em dois momentos distintos.

Exemplificando, supondo que o indivíduo cometa o crime de receptação, previsto no artigo 180 do Código penal e cuja pena é de 01 a 04 anos de reclusão, em 10/01/2009, e tenha sido recebida a denúncia contra este indivíduo em 10/01/2015 e é condenado em 10/01/2017 a um ano de reclusão, teria ocorrido a prescrição da pretensão punitiva retroativa no primeiro período, afinal, a prescrição da pretensão punitiva propriamente dita não ocorreu, vez que analisou-se a pena máxima cominada para tal delito, e a prescrição ocorreria em oito anos, enquanto que na outra modalidade de prescrição analisou-se o período de acordo com a pena fixada em sentença penal condenatória, que fora de um ano, logo, a prescrição se dá em quatro anos, e como demorou seis anos para o recebimento da denúncia, ocorreu a prescrição naquele período.

Contudo, atualmente, com o advento da Lei 12.234/2010, a prescrição da pretensão punitiva retroativa somente abrange o período entre o recebimento da denúncia e a sentença penal condenatória recorrível, mas manteve como parâmetro para a contagem a pena fixada em sentença penal condenatória recorrível.

Pegando-se o exemplo supramencionado, supondo que o crime de receptação tenha ocorrido em 10/01/2011, a denúncia tenha sido recebida em 10/01/2016 e a sentença penal condenatória tenha ocorrido somente em 10/01/2019, não há que se falar em prescrição, pois, como dito, ela não mais abrange o período previsto no artigo 111 do Código Penal até o recebimento da denúncia, logo, mesmo tendo se passado cinco anos entre o cometimento da infração e o recebimento da denúncia, neste período conta-se apenas a prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, com base na pena máxima cominada em abstrato para a infração penal.

Assim como a prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, existe previsão legal para a prescrição retroativa, que é o artigo 110, “caput” do Código Penal.

Ainda, o mesmo artigo, em seu parágrafo primeiro, impede a prescrição retroativa relativa ao período anterior à denúncia ou queixa, desde que já exista sentença condenatória transitada em julgado para a acusação.

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

§1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

A redação deste dispositivo foi dada pela Lei nº 12.234 de 2010, lei esta já mencionada em parágrafos anteriores.

Ou seja, por este artigo é possível entender claramente o período que pode ocorrer a prescrição da pretensão punitiva retroativa atualmente, que é com base na pena aplicada e tem por termo inicial o recebimento da denúncia e termo final a sentença penal condenatória transitada em julgado para a acusação.

Cabe mencionar que, uma vez ocorrendo o trânsito em julgado para a acusação, em hipótese alguma a pena do réu será aumentada, pois há farta jurisprudência e doutrina, além da própria legislação, que impedem a chamada

reformatio in pejus, ou seja, em caso de recurso exclusivo da defesa, a pena não poderá ser aumentada.

Isto é extremamente importante para o tema prescrição – e, em especial, a prescrição da pretensão punitiva retroativa – pois, uma vez ocorrendo a condenação do agente e transitando em julgado tal sentença para a condenação, a pena não poderá ser aumentada, logo, a prescrição será contada com base nesta pena fixada, podendo eventualmente ser calculada com base em pena menor, no caso de ela ser diminuída em recurso, mas, como a pena não pode mais aumentar, não há que se falar em cálculo de prescrição com base em pena maior do que aquela fixada.

Destarte, assim como a prescrição exposta no item anterior, neste tipo de prescrição não é analisado o período posterior à condenação, mas sim em período anterior e, em sendo o crime cometido após o advento da Lei nº 12.234/2010, analisa-se tão somente o período entre o recebimento da denúncia e a sentença penal condenatória transitada em julgado para a acusação.

3.2.3 Prescrição virtual

A chamada prescrição virtual ou antecipada nada mais é do que a aplicação da prescrição com base na provável pena aplicada em uma suposta condenação, por exemplo, um sujeito que tenha cometido o crime de furto simples (cuja pena é de um a quatro anos de reclusão) no ano de 2009, tenha bons antecedentes e seja réu primário, é muito provável que sua pena seja a mínima prevista. Se, neste caso, o período compreendido entre a prática delitiva e o recebimento da denúncia seja de cinco anos, sabendo-se que eventual condenação seria com base na pena mínima prevista, não haveria motivos para se continuar com a ação penal, movendo a máquina pública, investindo recursos públicos para um caso em ocorrerá uma prescrição. Assim, neste caso, o cálculo para eventual prescrição seria com base na pena de um ano, ainda que sequer o sujeito tenha sido denunciado.

Em suma, é a antecipação da prescrição da pretensão punitiva retroativa, pois o cálculo deste tipo de prescrição é feito com base na provável pena que o réu seja condenado sem a efetiva condenação.

Este tipo de prescrição não é previsto expressamente em nossa legislação, contudo, sendo sua aplicabilidade extremamente questionada, em especial pelos legalistas e pelo Superior Tribunal de Justiça.

A divergência está exatamente na falta de previsão legal, pois a prescrição seria aplicada com base em uma pena hipotética, uma pena que seria aplicada em eventual condenação.

Para crimes cometidos antes de 2010, sua aplicação era mais aceita em virtude da possibilidade da aplicação da prescrição retroativa no período anterior ao recebimento da denúncia.

Prova disso é um julgado do STF, mencionado na obra de Cleber Masson (2014, p. 501 e 502), abaixo transcrita.

Prescrição virtual – pena máxima em abstrato – prescrição retroativa:

“Por reputar ausente omissão, contradição ou obscuridade, o Plenário rejeitou embargos de declaração opostos de decisão que rejeitara os primeiros embargos – opostos de recebimento de denúncia –, porque protelatórios, mas concedeu, de ofício, habeas corpus para declarar extinta a punibilidade do embargante, com fundamento na prescrição da pretensão punitiva. A defesa sustentava a ocorrência da aludida causa de extinção da punibilidade, haja vista que o denunciado completara setenta anos de idade após o recebimento da inicial acusatória, o que reduziria o prazo prescricional à metade, nos termos do art. 115 do CP. Considerou-se transcorridos mais de dez anos entre a data do fato e o recebimento da exordial, de maneira que sequer a aplicação da pena máxima de cinco anos, cominada ao crime de apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A), imputado ao parlamentar denunciado, impediria a extinção da punibilidade pela prescrição. Frisou-se que, na concreta situação dos autos, o acusado teria direito à redução do prazo prescricional pela metade, de forma que, tendo em conta a referida pena máxima, a prescrição de doze anos (CP, art. 109, III) operar-se-ia em seis. Assim, constatou-se, nos termos da antiga redação do art. 110, § 2º, do CP, a ocorrência da prescrição retroativa. Aduziu-se que a jurisprudência da Corte rejeitaria a possibilidade de reconhecimento da prescrição retroativa antecipada (‘prescrição em perspectiva’). Consignou-se que o repúdio do STF à prescrição em perspectiva teria base na possibilidade de aditamento à denúncia e de descoberta de novos fatos aptos a alterar a capitulação jurídica da conduta. Por outro lado, anotou-se que, no caso, o órgão acusatório não sinalizara, em nenhum momento, essa hipótese. Ao contrário, opinara pelo reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva” (STF: Inq. 2.584 ED-ED/SP, rel. Min. Ayres Britto, Plenário, j. 01.03.2012, noticiado no *Informativo* 656) (grifo do autor).

Como atualmente a prescrição retroativa abrange tão somente o período entre o recebimento da denúncia e a condenação penal recorrível, diminuiu em grande proporção a utilização desta prescrição, afinal, a maior incidência de prescrição era justamente na primeira etapa, a qual exige um maior período para que seja feita a investigação e toda a juntada do conjunto probatório e, conseqüentemente, com uma provável pena baixa fixada em sentença, fatalmente ocorreria a prescrição.

De certo modo, esta prescrição é importante, afinal, como já existe a previsão legal da prescrição retroativa, nada mais justo do que antecipar a prescrição nos casos em que seja notório que a condenação seja baixa e a aplicação da prescrição retroativa seja inevitável.

Obviamente, deve ser uma situação cristalina, sob pena de desviar a real finalidade desta modalidade de prescrição.

Por outro lado, há fortíssima corrente contrária a aplicação desta modalidade de prescrição, ainda mais com a alteração da nossa legislação, que extirpou de nosso ordenamento jurídico a modalidade de prescrição retroativa na fase anterior ao recebimento da denúncia.

Fortalecendo ainda mais tal corrente, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 438, a qual expressamente veda a aplicação de prescrição com base em pena hipotética.

STJ Súmula nº 438 - 28/04/2010 - DJe 13/05/2010

Admissibilidade - Extinção da Punibilidade pela Prescrição da Pretensão Punitiva - Fundamento em Pena Hipotética - Existência ou Sorte do Processo Penal

É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.

Como tal súmula é do STJ e, conseqüentemente, não é vinculante, ainda há discussão com relação à sua aplicação, e argumentos muito fortes para ambos posicionamentos, entretanto, dentre todos os argumentos suscitados, o que demonstra ter melhor eficácia seria o da utilização de tal instituto, em especial porque, além de evitar mover a máquina pública para algo que fatalmente será

decretada a prescrição, também há a falta do interesse de agir, pois não há qualquer interesse em se mover uma ação em que certamente será decretada a prescrição.

3.2.4 Prescrição da pretensão punitiva superveniente

Diferentemente das prescrições analisadas anteriormente, a prescrição da pretensão punitiva superveniente é analisada em período posterior a elas, ou seja, em não ocorrendo alguma das prescrições anteriores, as quais somente podem ocorrer até a sentença condenatória transitada em julgado para a acusação, verifica-se este tipo de prescrição, a qual tem por termo inicial a sentença condenatória recorrível – mas com trânsito em julgado para a acusação – até o efetivo trânsito em julgado para as partes.

É uma modalidade de prescrição basicamente da fase recursal, e assim como a prescrição retroativa, tem como base a pena fixada em sentença.

A peculiaridade deste tipo de prescrição é o trânsito em julgado para a acusação, ou seja, em eventual condenação, o Ministério Público deixa de recorrer, enquanto que a defesa recorre. Ocorrendo esta situação, a pena não mais poderá ser aumentada.

Ela segue a mesma linha da prescrição retroativa, pois no período recursal até o efetivo trânsito em julgado, analisa-se a pena final fixada, lembrando que, caso não haja recurso da acusação, a pena não poderá aumentar e, após o trânsito em julgado, verifica-se se neste período ocorreu ou não a prescrição.

Em não ocorrendo, finaliza-se a prescrição da pretensão punitiva, sendo possível somente a aplicação da prescrição da pretensão executória.

Vale lembrar que, na hipótese de a pena ser diminuída a ponto de alterar a contagem a prescrição, aplica-se a prescrição retroativa nesta fase, ou seja, analisa-se este período com base na nova pena.

Isso porque a nova legislação não alterou este entendimento, de modo que ainda aplica-se a prescrição retroativa mesmo nesta etapa.

Obviamente, só faz sentido aplica-la em caso de alteração da pena, pois se ela não for modificada, tanto o prazo de prescrição superveniente quanto o da prescrição retroativa seriam os mesmos, logo, em não ocorrendo a prescrição superveniente, também não ocorreria a prescrição retroativa.

3.2.5 Prescrição da pretensão executória

Assim como a prescrição da pretensão punitiva retroativa e superveniente, a prescrição da pretensão executória é contada com base na pena aplicada.

Ela possui outra semelhança com a prescrição superveniente, qual seja, o início de sua contagem é com o trânsito em julgado para a acusação.

Contudo, a diferença se dá na possibilidade de sua aplicação, que é somente com o trânsito em julgado também para a defesa, ou seja, apesar de seu início se dar com o trânsito em julgado para a acusação, ainda é necessário ver se ocorrerá a prescrição superveniente e, não ocorrendo, aí sim é possível aplicar esta prescrição.

Também, diferente das demais, aqui ocorre o trânsito em julgado da sentença para todos, ou seja, não há mais que se falar em qualquer tipo de recurso, mas sim na execução da pena – daí a razão de se chamar “executória”.

Segundo Masson (2014, p. 502), a prescrição da pretensão executória ou prescrição da condenação “É a **perda**, em razão da omissão do Estado durante determinado prazo legalmente previsto, **do direito e do dever de executar uma sanção penal** definitivamente aplicada pelo Poder Judiciário” (grifo do autor).

Este tipo de prescrição existe para que o Estado não se acomode com a sentença condenatória e puna em tempo razoável o condenado, e possui previsão legal no artigo 112 do Código Penal.

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, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional.

Deste modo, é possível entender que esta prescrição somente ocorre com o final do processo de conhecimento, na execução da pena.

3.2.6 Aplicação das prescrições em situações fáticas

Para não pairar qualquer tipo de dúvida, será exposta uma situação em que é possível se verificar todos os tipos de prescrição, lembrando que somente é possível a aplicação de uma prescrição posterior na hipótese de a prescrição anterior não ter ocorrido, ou seja, analisa-se primeiro a prescrição da pretensão punitiva propriamente dita, após a prescrição retroativa, em seguida a prescrição superveniente e, por fim, a prescrição executória.

Supondo que João, com vinte e dois anos de idade, cometa o crime de ameaça, prevista no artigo 147 do Código Penal, cuja pena é de um a seis meses de detenção ou multa, no dia 25/12/2008. Em 25/03/2011 é denunciado pelo Ministério Público. Em 25/08/2013 é condenado a uma pena de dois meses, mas recorre em liberdade. Há o trânsito em julgado para a acusação em 10/09/2013. Em 25/10/2015 houve a confirmação da sentença e início do cumprimento de pena no dia seguinte, em regime aberto.

Nesta situação, ocorreram todas as prescrições da pretensão punitiva, haja vista que a prática delitiva se deu antes do advento da Lei nº 12.234/2010. Ocorreu, inclusive, a prescrição retroativa, vez que, para crimes cuja pena fosse até um ano, a prescrição ocorria em dois anos, e em todos os períodos mencionados ocorreu a prescrição.

Obviamente, em uma situação dessas, a prescrição já teria sido decretada, quiçá a prescrição virtual antes mesmo do oferecimento da denúncia.

Entretanto, se tal delito fosse cometido um ano após o mencionado, no caso, em 25/12/2009, não teria ocorrido a prescrição do período entre o cometimento da infração e o recebimento da denúncia, apenas a prescrição retroativa e a superveniente.

Já se o crime fosse cometido em 25/06/2010, mantendo-se as demais datas, não ocorreria a prescrição em momento algum, vez que, a partir de 2010, a prescrição para crimes até um ano se dá em três anos.

As situações de ocorrência de prescrição são inúmeras, sendo completamente inviável tentar esgotar todas as possibilidades, no entanto, foram expostas as principais delas, de modo a tentar explicar de forma mais clara a ocorrência de cada tipo de prescrição.

4 DA ABSOLVIÇÃO

No direito penal existem alguns tipos de sentença que podem ser proferidas pelo juiz, quais sejam, a condenação, a absolvição própria e a absolvição imprópria.

Ainda, antes mesmo da sentença final, é possível a aplicação da chamada absolvição sumária, a qual é dada em determinadas situações logo após o oferecimento da denúncia.

Para a presente pesquisa, o grande foco são as absolvições, as quais serão expostas a seguir.

4.1 Conceito

A absolvição é o instituto pelo qual uma pessoa é considerada inocente de uma acusação que lhe fora imputada anteriormente, seja pela dúvida ou pela certeza.

Simplificando, no direito penal a absolvição é a sentença que deixa de punir o sujeito, ou seja, ele é considerado inocente daquela acusação, julgando improcedente a ação proposta que lhe acusava do cometimento de uma infração penal.

4.2 Espécies

A absolvição no direito penal brasileiro é prevista no artigo 386 do Código de Processo Penal, o qual prevê 07 (sete) modalidades, as quais se resumem basicamente em absolvição categórica ou absolvição dubitativa.

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

- I - estar provada a inexistência do fato;
- II - não haver prova da existência do fato;

- III - não constituir o fato infração penal;
- IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;
- V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
- VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1o do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;
- VII – não existir prova suficiente para a condenação.

No mencionado artigo, existem hipóteses de absolvição categórica e de absolvição dubitativas.

As absolvições consideradas categóricas são aquelas em que o indivíduo prova que o fato sequer existiu, prova que não participou, de qualquer maneira, para a ocorrência da infração penal, prova que aquele fato não é crime ou prova que a legislação, naquela situação, permitia a prática daquela conduta, de modo que não poderá ser punido.

Nestes casos, comprovando as situações acima mencionadas, o indivíduo será absolvido categoricamente, ou seja, sem qualquer dúvida sobre sua inocência, de modo que não poderá ser punido criminalmente pela prática de seu ato, pois ele não será considerado como infração penal.

Ainda, nestas hipóteses, caso o sujeito comprove que não concorreu para a prática do fato ou que o fato sequer existiu, não poderá haver condenação em qualquer seara do direito, seja em âmbito criminal, civil ou administrativo, ou seja, a decisão do júízo criminal fará coisa julgada nas demais áreas.

Já nos demais incisos, a absolvição ocorre pela dúvida, pela falta de provas para condenar o sujeito, seja com relação à existência do fato, com relação à participação do agente para a prática da infração penal ou, de um modo geral, não haver prova para a condenação do agente.

Nestes casos, a absolvição terá efeito tão somente no âmbito penal, não fazendo coisa julgada nas demais áreas, ou seja, ainda que absolvido criminalmente, poderá responder civilmente ou até administrativamente pelo fato imputado.

Como dito, também existe a hipótese de absolvição imprópria, a qual é aplicada aos inimputáveis quando da condenação. Isso porque os inimputáveis não recebem pena, mas sim medida de segurança. Assim, em vez de condenados,

recebem absolvição imprópria e, assim como na absolvição dubitativa, não faz coisa julgada nas demais searas do direito.

Damásio de Jesus (2012, p. 134 e 135), explica de forma detalhada as consequências de cada tipo de absolvição, conforme analisa-se nas transcrições abaixo.

• **Reparação de dano e casos de absolvição criminal**

Em face da independência da responsabilidade penal e civil, em princípio a sentença penal absolutória não impede a *actio civilis ex delicto*. Os casos de absolvição criminal estão previstos no art. 386, I a VI, do CPP: a) estar provada a inexistência do fato; b) não haver prova da existência do fato; c) não constituir o fato infração penal; d) não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; e) não existir prova suficiente para a condenação; e f) existir causa de exclusão da antijuridicidade ou da culpabilidade.

• **Absolvição em face de estar provada a inexistência do fato**

É o caso de o juiz reconhecer categoricamente que não ocorreu o fato narrado na peça inicial da ação penal. Reconhecido que não houve o fato material, que nada tem que ver com os elementos subjetivos e normativos do tipo, fica impedida a via civil de reparação do dano. É o que diz o art. 935 do CC de 2002: “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”. É a hipótese do art. 66, in fine, do CPP: “Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”.

• **Absolvição criminal em face de não haver prova da existência do fato**

Neste caso, embora o juiz não tenha reconhecido categoricamente a inexistência do fato material, não reconheceu também que o fato existiu, por força da dubiedade da prova. Funciona o *in dubio pro reo*, devendo o sujeito ser absolvido. Na esfera cível, poder-se-á provar a existência do fato, pelo que não está impedido o exercício da ação de reparação do dano emergente da conduta.

• **Absolvição criminal em face de não constituir o fato infração penal**

É o caso de ser atípico o fato narrado na peça inicial da ação penal. Absolvido o réu, nada obsta ao exercício da ação civil, pois o fato, embora não constitua ilícito penal, pode constituir ilícito civil.

• **Absolvição criminal em face de não existir prova de ter o réu concorrido para a prática da infração penal**

Suponha-se que o sujeito seja processado por crime de peculato-furto (CP, art. 312, §1º), apresentando defesa no sentido de que não se encontrava no local no momento de sua ocorrência. Suponha-se que o réu não consiga prova suficiente do conteúdo da defesa, nem a acusação consiga provar que se encontrava no local no instante da prática do crime. O réu deve ser absolvido, nos termos do art. 386, IV, do CPP. Em face de o juiz não haver negado, categoricamente, a existência do fato material e a autoria (CC de 2002, art. 935; CPP, art. 66), fica livre a esfera civil para o exercício da ação de reparação do dano. Caso, entretanto, reconhecer o juiz criminal, de forma categórica, a negativa da autoria, não caberá a ação civil (CC, art. 935), vide RT 745/294. No Júri, negado o primeiro quesito, não fica

impedida a ação civil. Isso porque não se sabe se os jurados negaram a autoria ou a materialidade do fato.

• **Absolvição criminal em face de não existir prova suficiente para a condenação**

É o caso de o réu não conseguir provar ter agido à sombra de causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, subsistindo dúvida no espírito do juiz a respeito da ocorrência de uma dessas causas. O réu deve ser absolvido, aplicando-se o disposto no art. 386, VI, do CPP. Isso, porém, não impede o exercício da ação civil. Observação: entendemos que o art. 386, VI, do CPP foi revogado (vide nota a essa disposição).

• **Absolvição criminal em face de existir causa de exclusão da antijuridicidade ou da culpabilidade (art. 386, V, do CPP)**

São causas de exclusão da antijuridicidade: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito (CP, art. 23). São causas de exclusão da culpabilidade: o erro de proibição (art. 21, caput), a coação moral irresistível (art. 22, primeira parte), a obediência hierárquica (art. 22, segunda parte), a inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto (incluindo a menoridade penal) ou retardado (arts. 26, caput, e 27) e a inimputabilidade por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior (CP, art. 28, §1º).

Outrossim, existe também a absolvição sumária, prevista no artigo 397 do Código de Processo Penal.

Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

- I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato
- II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;
- III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou
- IV - extinta a punibilidade do agente.

Cabe mencionar que este tipo de absolvição ocorre logo no início da ação penal, e são hipóteses em que o fato ocorreu, mas existe algum instituto despenalizador, ou seja, nestes casos, a sentença penal não fará coisa julgada nas demais áreas do direito.

5 EFEITOS PRÁTICOS

Os institutos mencionados anteriormente, quais sejam, a prescrição e a absolvição, trazem efeitos práticos para o indivíduo e reflexos para várias áreas do direito, sendo a seguir expostos os principais efeitos de cada um deles.

5.1 Da Prescrição

No caso da prescrição penal, o grande efeito é a extinção da punibilidade, ou seja, caso ocorra a prescrição, não haverá pena ao agente, independentemente do crime.

Entretanto, como já mencionado em tópicos anteriores, a prescrição gera tão somente efeitos na esfera penal, não ensejando efeitos em outras áreas do direito, como cível ou administrativa.

Neste ínterim, o artigo 67, inciso II do Código de Processo Penal prevê expressamente que, em hipóteses de extinção da punibilidade, não há impedimento de ingresso de ação civil.

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:
II - a decisão que julgar extinta a punibilidade.

Como dito anteriormente, a prescrição é uma das modalidades de extinção da punibilidade, logo, não obsta que a parte que se sentir prejudicada ingresse com ação civil contra o beneficiário da prescrição.

5.2 Da Absolvição

O principal efeito da absolvição é a não incidência de pena, ou seja, há o entendimento do magistrado de que não há razão para que o indivíduo seja condenado criminalmente.

Dependendo do fundamento da absolvição, ela pode gerar efeitos extrapenais, ou seja, em outras esferas do direito, como a civil e a administrativa.

Como dito no tópico anterior, caso a absolvição seja imprópria, o indivíduo não receberá pena, mas lhe será imposta uma medida de segurança.

Em contrapartida, se a absolvição se der em decorrência de dúvida do magistrado, deve aplicar o princípio *in dubio pro reo* e o princípio da inocência ou da não culpabilidade, assim, absolver o sujeito.

Nesta hipótese, a parte que se sentir lesada poderá ajuizar ação cível para eventual reparação de danos, ou mesmo a administração pública poderá iniciar um procedimento administrativo para eventual punição do sujeito, caso seja funcionário público.

Por fim, a absolvição, quando categórica nas hipóteses em que o réu prova que não concorreu para o fato não ocorreu ou que não o fato não ocorreu, gerará efeitos nas demais esferas do direito, fazendo coisa julgada.

Vale mencionar os artigos 65 e 66, ambos do Código de Processo Penal, os quais mencionam as hipóteses de cabimento de ação civil *ex delicto*, ainda que não haja condenação penal.

Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:
III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

Desta maneira, a depender da hipótese da prescrição, poderá ocorrer a proibição de ingresso de ação civil contra o absolvido.

5.3 Da Aplicação do Instituto Mais Benéfico

Atualmente, a jurisprudência vem entendendo que deve ser aplicado no caso concreto o que mais beneficie o agente.

Em outras palavras, a prescrição é um instituto que, teoricamente, serve apenas para beneficiar o réu, impondo um limite razoável para que o Estado aja para puni-lo.

Contudo, nem sempre a prescrição é mais benéfica para o agente, afinal, apesar de não mais correr o risco de sofrer qualquer tipo de punição na esfera criminal, com a prescrição ele ainda pode responder civilmente e administrativamente.

Em outras palavras, mesmo com a prescrição, o agente pode ser condenado pelo juízo cível a reparar os danos eventualmente sofridos por terceiros, e esta condenação independe da ação penal.

Ainda, em âmbito administrativo, o agente pode sofrer punições em eventual sindicância ou processo administrativo, correndo o risco de sofrer quaisquer das punições administrativas previstas, até mesmo a demissão.

Exemplificando, se um cidadão é acusado de cometer um crime de peculato, mas ele prova que sequer participou do crime, pois estava viajando, ou seja, se enquadra na hipótese do artigo 386, inciso IV do Código de Processo Penal, logo, uma absolvição nestes moldes acarretaria efeitos extrapenais, não podendo ele ser condenado em âmbito cível, para eventual reparação de danos, ou mesmo administrativo, com risco de ser demitido.

Entretanto, se nesta mesma situação, o agente prova que não concorreu para a prática do crime, mas o juiz criminal entender que tal conduta prescreveu, ignorando o fato provado pelo acusado, ele correrá o risco de sofrer eventual condenação em âmbito civil e administrativo e, ainda que consiga provar categoricamente sua inocência, ainda assim terá o dissabor de enfrentar mais processos e se defender neles.

Justamente para evitar esta situação acima é que a jurisprudência tem entendido que, mesmo ocorrendo a prescrição, o sujeito tem o direito de provar sua inocência, se isto lhe for mais benéfico.

Destarte, em suma, antes de ser aplicado um dos institutos, deve ser analisado qual deles é mais benéfico para o agente.

6 JURISPRUDÊNCIAS

A título de exemplo, os tribunais de justiça dos estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Paraíba e vários outros têm esse entendimento, justamente por se tratar de algo que mais vai beneficiar o acusado, como serão transcritos alguns julgados a seguir.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

TJ-MG - Apelação Criminal APR 10525100001276001 MG (TJ-MG)
Data de publicação: 11/11/2015
Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL - LESÃO CORPORAL CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR E AFASTAMENTO DO LOCAL DO ACIDENTE - ABSOLVIÇÃO - INCONFORMISMO MINISTERIAL - IMPOSSIBILIDADE - PRELIMINAR EX OFFICIO - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA - RECURSO CONHECIDO, SENDO DECRETADA DE OFÍCIO A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. V.V.: APELAÇÃO CRIMINAL - ABSOLVIÇÃO - DECISÃO MAIS BENÉFICA QUE O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA - NECESSIDADE DE ANÁLISE DO RECURSO MINISTERIAL. A declaração de extinção da punibilidade, apesar de também ter força terminativa, resolvendo a lide, é menos benéfica ao denunciado do que se fosse mantida a sentença absolutória, pois neste caso há uma declaração judicial que é inocente do fato que lhe é imputado, enquanto que no reconhecimento da prescrição, a decisão se refere ao não cumprimento do lapso temporal necessário para se efetivar o jus puniendi estatal. (Apelação Criminal APR 10525100001276001, Câmaras Criminais / 6ª Câmara Criminal. Relator Luzinete Barbosa Lima. Julgado em 27/10/2015).

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

TJ-RS - Recurso Crime RC 71004144234 RS (TJ-RS)
Data de publicação: 18/12/2012
Ementa: APELAÇÃO CRIME. FALTA DE HABILITAÇÃO. ARTIGO 309 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO . EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. ABSOLVIÇÃO, MEDIDA MAIS BENÉFICA. Embora transcorrido prazo superior a dois anos entre a data do fato e a do recebimento da denúncia, sem ocorrência de qualquer marco suspensivo ou interruptivo, admite-se o exame do mérito recursal, por se mostrar mais benéfico ao acusado. Prova produzida que autoriza a manutenção da sentença absolutória. RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO. (Recurso Crime Nº 71004144234, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Edson Jorge Cechet, Julgado em 17/12/2012).

Tribunal de Justiça da Paraíba:

APELAÇÃO CRIMINAL. Ex-Prefeito. Crime de responsabilidade. CONDENAÇÃO. art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93 e art. 1º, incisos XI e XIV do Decreto-Lei nº 201/67. PENA IN CONCRETO. TRÂNSITO EM JULGADO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO. PRELIMINAR. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. RECONHECIMENTO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUE SE IMPÕE QUANTO AO CRIME PREVISTO NO art. 1º, incisos XI e XIV do Decreto-Lei nº 201/67. INÉPCIA DA INICIAL. NÃO ACOLHIMENTO. exposição fundamentada de todas as suas circunstâncias. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. DECRETO-LEI Nº 201/67, xi E XVI (TRÊS VEZES) e ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. prevalência da Lei de licitações para os atos praticados após a sua entrada em vigor. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUITA. DOLO ESPECÍFICO E LESÃO AO ERÁRIO NÃO COMPROVADOS. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. PROVIMENTO DO RECURSO. 1. A extinção da punibilidade, face o reconhecimento da prescrição retroativa, é medida que se impõe quando, tomando por base a pena em concreto fixada na sentença, ante o trânsito em julgado para a acusação, verifica-se o transcurso do respectivo lapso prescricional entre a data do crime e o recebimento da denúncia, para os delitos ocorridos antes da vigência da Lei nº 12.234/2010. 2. O conflito aparente de normas entre o art. 89 da Lei nº 8.666/93 e o art. 1º, inciso XI, do Decreto-Lei nº 201/67 deve ser solucionado pelo princípio de tempus regit actum, que impõe (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00005966420098150231, Câmara Especializada Criminal, Relator DES. CARLOS MARTINS BELTRÃO FILHO, j. em 18-05-2017) (TJ-PB - APL: 00005966420098150231 0000596-64.2009.815.0231, Relator: DES. CARLOS MARTINS BELTRÃO FILHO, Data de Julgamento: 18/05/2017, CRIMINAL).

Observa-se nestas três jurisprudências, que são de regiões diferentes do país, que o entendimento dos tribunais é semelhante, aplicando-se a absolvição em detrimento da prescrição, demonstrando que todo cidadão tem o direito de provar sua inocência, ainda que naquele delito eventualmente tenha ocorrido a prescrição, ou seja, deve ser aplicado o instituto mais benéfico para o indivíduo naquele momento.

7 INSTITUTOS DIVERSOS COM SOLUÇÕES SEMELHANTES

No Brasil, existem dois institutos que, apesar de não serem exatamente como a prescrição ou a absolvição, na ocorrência de algum deles, a solução é muito semelhante.

Tais institutos são o perdão do ofendido na ação penal privada e a exceção da verdade nos crimes contra a honra, os quais serão expostos a seguir.

7.1 Do Perdão do Ofendido na Ação Penal Privada

O perdão do ofendido, previsto nos artigos 105, 106 e 107, inciso V, todos do Código Penal, é uma das causas de extinção da punibilidade em nosso ordenamento jurídico, e somente pode ser aplicada nos casos de ação penal privada.

Art. 105 - O perdão do ofendido, nos crimes em que somente se procede mediante queixa, obsta ao prosseguimento da ação.

Art. 106 - O perdão, no processo ou fora dele, expresso ou tácito:

I - se concedido a qualquer dos querelados, a todos aproveita;

II - se concedido por um dos ofendidos, não prejudica o direito dos outros;

III - se o querelado o recusa, não produz efeito.

§ 1º - Perdão tácito é o que resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação.

§ 2º - Não é admissível o perdão depois que passa em julgado a sentença condenatória.

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

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

Masson (2014, p.475 e 476), explica de forma simples o conceito de perdão do ofendido, bem como que ela é um ato bilateral, ou seja, depende da aceitação do querelado.

Perdão do ofendido é a **desistência** manifestada após o oferecimento da **queixa**, impeditiva do **prosseguimento da ação**. Portanto, seja ele expresso ou tácito, somente constitui-se em causa de extinção da

punibilidade nos crimes que se apuram exclusivamente por ação penal privada.

(...)

Por se tratar de **ato bilateral**, o perdão depende da **aceitação** do querelado, pois a ele pode ser interessante provar a sua inocência. No perdão, o querelado será intimado a dizer, dentro de três dias, se o aceita, devendo, ao mesmo tempo, ser cientificado de que o seu silêncio importará em anuência. Aceito o perdão, expressa ou tacitamente, o juiz julgará extinta a punibilidade (art. 58, caput e parágrafo único, do CPP) (grifo do autor).

Em resumo, o perdão do ofendido é um instituto do direito penal que permite que a vítima abra mão de dar prosseguimento na ação penal que se inicie mediante queixa-crime, ou seja, a ação penal privada.

Entretanto, a própria legislação prevê que, para o perdão do ofendido ter validade e eficácia, o réu desta ação deve aceitar este perdão, ou seja, no exemplo de o querelante iniciar uma ação penal privada mediante queixa-crime e, no curso desta ação, oferecer o perdão ao querelado, este deverá aceitar o perdão para que haja validade, conforme preceitua o artigo 106, inciso III do Código Penal.

Ou seja, o querelado, que é o figurante do polo passivo de uma ação penal privada, pode não aceitar este perdão por vários motivos, em especial por ter o direito de provar sua inocência, provar que foi acusado injustamente da prática de uma infração penal.

Este instituto é semelhante ao objeto de estudo deste trabalho, pois, se nossa legislação prevê a possibilidade de o querelado abrir mão do perdão do ofendido, o que acarretaria em extinção da punibilidade, com maior razão o réu poderá abrir mão da aplicação da prescrição para provar sua inocência.

Obviamente, há algumas diferenças entre estes institutos, tanto em sua aplicabilidade, quanto em suas consequências.

As principais diferenças são que, no perdão do ofendido, caso o querelado não o aceite, ao final da ação penal ele poderá ser condenado, de acordo com a própria legislação, no caso, artigo 106, inciso III do Código Penal.

A não aceitação do perdão não produz efeito, ao passo de que na hipótese de o réu querer provar sua inocência mesmo que o crime esteja prescrito,

caso ele não consiga, não poderá ser condenado, pois o Estado já não possui mais tal direito.

7.2 Da Exceção da Verdade nos Crimes Contra a Honra

Outro instituto com solução semelhante é a exceção da verdade nos crimes contra a honra.

Em resumo, a exceção da verdade é um instituto que existe, via de regra, para o crime de calúnia e, em uma hipótese, para o crime de difamação, e consiste na possibilidade de o réu desta ação provar o que alegou, ou seja, o caluniador ou difamador provar que sua declaração é verdadeira, conforme previsto nos artigos 138, §3º e 139, parágrafo único, ambos do Código Penal.

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo:

I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;

III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

Masson (2014, p. 602) faz menção à exceção da verdade em sua obra, descrevendo as hipóteses e explicando sua aplicação.

É o instrumento adequado para viabilizar aquele a quem se atribui a responsabilidade pela calúnia a prova da veracidade do fato criminoso por ele imputado a outrem, e se fundamenta no interesse público em apurar a efetiva responsabilidade pelo crime para posteriormente punir seu autor, coautor ou partícipe. Trata-se de **incidente processual e prejudicial**, pois impede a análise do mérito do crime de calúnia. Ademais, constitui-se em **medida facultativa de defesa indireta**, pois o acusado pelo delito contra a honra não é obrigado a se valer da exceção da verdade, e pode defender-se diretamente (exemplo: negativa de autoria).

Em razão de ser a falsidade da imputação uma elementar do crime de calúnia, **a regra é a admissibilidade da exceção da verdade**. Entretanto, a exceção da verdade não poderá ser utilizada em três situações **expressamente** previstas pelo § 3º do art. 138 do Código Penal, a saber: I – se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível; II – se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no n. I do art. 141; e III – se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível. Esse rol é taxativo e não pode ser ampliado pelo intérprete da lei (grifo do autor).

Exemplificando, consiste na hipótese de o caluniador provar que sua imputação é verdadeira, ou seja, se João disser que Pedro matou Rodolfo, caso não prove comete o crime de calúnia, mas, a ele é admitido provar que sua declaração é verdadeira, ou seja, provar que Pedro realmente matou Rodolfo e, assim, não ser punido pelo crime de calúnia.

Cabe mencionar que existem exceções a não aplicação da exceção da verdade nos crimes de calúnia, que são as previstas nos incisos I, II e III do artigo 138, §3º do Código Penal.

Não cabe a exceção da verdade na calúnia nas hipóteses em que o ofendido não tenha sido condenado por sentença irrecorrível nos casos de ação penal privada, se a calúnia é contra Presidente da República ou Chefe de Governo estrangeiro, ou ainda se o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível, ainda que a ação seja pública.

Na difamação, somente é admitida a exceção da verdade se ela consistir em uma imputação feita a um funcionário público, e a ofensa for relativa ao exercício de suas funções, conforme preceitua o artigo 139, parágrafo único do Código Penal.

Por exemplo, se Gabriel disser que Antônio, funcionário público, é um funcionário desleixado, que atende mal as pessoas e é extremamente desidioso com seu trabalho, a princípio cometeria o crime de difamação. Entretanto, se provar tais alegações, que são contra um funcionário público e ofensas relacionadas ao exercício, lhe é admitida a exceção da verdade.

Nas hipóteses da exceção da verdade no crime de calúnia, ocorre a exclusão da ilicitude, enquanto que na difamação ocorre a exclusão da tipicidade.

A relação deste instituto com o tema principal da presente pesquisa é que, se existe a exceção da verdade, ou seja, o réu poder provar que sua declaração é verdadeira e, conseqüentemente, deixar de ser punido, com muito mais razão o indivíduo deve ter o direito de provar sua inocência, aplicando-se a absolvição em detrimento da prescrição.

8 CONCLUSÃO

Ao término da leitura do presente trabalho, é possível concluir que a aplicação da prescrição deve ser relativizada, prevalecendo o direito de o agente poder provar sua inocência.

Não seria justo, em um estado democrático de direito como o Brasil, onde prevalece a presunção de inocência e, na dúvida, a aplicação de todos os institutos para beneficiar o réu, que seja ceifado o direito de abrir mão de um benefício, ainda que temporariamente, para buscar um direito maior.

Como mencionado no presente trabalho, as consequências da aplicação de um ou outro instituto interferem diretamente em outras esferas do direito, mais que isso, na vida da pessoa.

Atualmente, a jurisprudência é majoritária na aplicação desta possibilidade, qual seja, do afastamento da prescrição para a aplicação da absolvição do agente.

Em outras palavras, mais do que um direito de defesa do réu, é uma garantia de justiça a todo cidadão, pois todos estão sujeitos a responderem por algum crime, seja justa ou injustamente e, no último caso, sua maior garantia é poder provar sua inocência, evitando maiores dissabores em outras esferas, como civil e administrativa.

Ceifar este direito do cidadão seria um imenso retrocesso e uma grande afronta à Constituição Federal, que prevê uma série de garantias ao cidadão.

É até incoerente que uma legislação preveja o princípio da presunção da inocência vedar o direito do cidadão de provar categoricamente sua inocência.

Deste modo, a conclusão que se chega com o presente trabalho é que a prescrição deve ser relativizada quando for mais prejudicial ou menos benéfica ao agente.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. **Código Penal de 1940 – Decreto Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> acesso 18.fev.2018.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> acesso em 18.fev.2018.

CANAL CARREIRAS PÚBLICAS. **Exceção da verdade – Crimes contra a Honra**. Acessado em 18.fev.2018. Disponível em <https://www.canalcarreiraspoliciais.com.br/news/exce%C3%A7%C3%A3o-de-verdade-crimes-contra-a-honra/>

CAPEZ, Fernando e COLNAGO, Rodrigo Henrique. **Código de processo penal comentado**. São Paulo. Saraiva, 2015.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2007.

FINGER, Júlio César. **Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

JESUS, Damásio de. **Código de processo penal anotado**. 25. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19. Ed. rev. Atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

MASSON, Cleber. **Código Penal comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS – **Apelação Criminal**. Relator Luzinete Barbosa Lima. Minas Gerais, MG, 27 de outubro de 2015. Jurisprudência disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/254721055/apelacao-criminal-apr-10525100001276001-mg>. acesso em 18.fev.2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA Paraíba – **Apelação 0000596-64.2009.815.0231**. Relator: DES. CARLOS MARTINS BELTRÃO FILHO. Paraíba, PB, 18 de maio de 2017. Jurisprudência disponível em: <https://tj-pb.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/463861481/apelacao-apl-5966420098150231-0000596-6420098150231>. Acesso em 18.fev.2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – **Recurso Criminal 71004144234**. Relator Edson Jorge Cechet. Rio Grande do Sul, RS, 17 de dezembro de 2012. Jurisprudência disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112445118/recurso-crime-rc-71004144234-rs>. Acesso em 18.fev.2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula 438**. Terceira Seção, julgado em 28/04/2010. DJe 13/05/2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?materia=%27DIREITO%20PENAL%27.mat>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Inq. 2.584 ED-ED/SP**, rel. Min. Ayres Britto, Plenário, j. 01.03.2012, noticiado no *Informativo* 656. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo656.htm>