



PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ALEXANDRE ZAMBONI LINS FILHO

**ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE CONDENAÇÃO COMO
CAUSA INTERRUPTIVA DO PRAZO PRESCRICIONAL**

Análise dogmática e jurisprudencial

RECIFE

2020

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ALEXANDRE ZAMBONI LINS FILHO

ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE CONDENAÇÃO COMO CAUSA
INTERRUPTIVA DO PRAZO PRESCRICIONAL:

Análise dogmática e jurisprudencial

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de **Mestre em Direito**.

Área de concentração: **Dogmática penal**

Linha de pesquisa: **História das ideias penais**

Orientadora: Prof.^a Dr.^a **Andrea Walmsley Soares Carneiro**

RECIFE
2020

Resumo

A prescrição é uma das principais garantias do cidadão frente ao poder punitivo estatal. O direito de punir do Estado, como se sabe, não é absoluto. Existem vários limites ao direito de punir do Estado, sendo a prescrição um destes. A inexistência de “prazo” para que o Estado punisse ou executasse uma punição já imposta feriria, de morte, o princípio da proporcionalidade, na faceta de proibição ao excesso. Por outro lado, o transcurso fatal do prazo prescricional, ou seja, sem interrupções ou suspensões, também feriria o princípio da proporcionalidade, desta feita na faceta de proibição à proteção deficiente. Daí porque existem causas impeditivas, suspensivas e interruptivas do prazo prescricional. Uma das causas interruptivas da prescrição é a que interessa particularmente a este trabalho: a publicação de acórdão condenatório recorrível. Acórdão confirmatório de condenação tem o condão de interromper a contagem do prazo prescricional? Explanarei sobre punibilidade, seu conceito, limites e analisarei a jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores para, ao fim, me posicionar.

Palavras-chave: Punibilidade. Prescrição. Acórdão confirmatório. Interrupção do prazo prescricional.

Abstract

The prescription is one of the main guarantees of the citizen in the face of punitive statistical power. The right to punish the State, as is known, is not absolute. There are several limits to the right to punish the State, one of which is a prescription. The absence of a "term" for the State punished or executed a punishment already imposed for death, death, or principle of proportionality, in the facet of prohibition of excess. On the other hand, either the fatal lapse of the prescribed period, that is, without interruptions or suspensions, would also hurt or the principle of proportionality, this being done in the face of the prohibition of deficient protection. That is why there are preventive, suspensive and interrupting causes of the statute of limitations. One of the causes of interruption of the prescription is that this work is of particular interest: the publication of a recurring condemnatory judgment. Confirmatory judgment of condemnation or interruption in counting the prescribed period? Explain about punishment, its concept, limits and analyze the jurisprudence of our Superior Courts to, finally, to position myself.

Keywords: *Punibility. Prescription. Confirmatory judgment. Interruption of the prescriptive term.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 PUNIBILIDADE.....	10
1.1 Fundamentos.....	10
1.2 Limites.....	23
2 A PRESCRIÇÃO COMO UMA DAS CAUSAS EXTINTIVAS DO DIREITO DE PUNIR DO ESTADO	
2.1 Conceito de prescrição.....	36
2.2 Espécies de prescrição.....	38
2.3 Objetivo da prescrição.....	49
2.4 Fundamentos para a interrupção do prazo prescricional.....	58
3 A DIVERGÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DO ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE CONDENAÇÃO FUNCIONAR - OU NÃO - COMO CAUSA INTERRUPTIVA DO PRAZO PRESCRICIONAL.....	62
3.1 Análise da jurisprudência a favor da interrupção.....	63
3.2 Análise da jurisprudência contrária à interrupção.....	69
4 OS FUNDAMENTOS PARA QUE UM ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE CONDENAÇÃO OCASIONE A INTERRUPTÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL.....	83
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	85
REFERÊNCIAS.....	86

INTRODUÇÃO

1.PUNIBILIDADE

1.Fundamentos

De acordo com o conceito analítico de crime oriundo da teoria tripartite, pode-se afirmar que este é composto pelos seguintes elementos, cumulativos e nesta ordem: fato típico, fato antijurídico e culpabilidade. O respeito a esta ordem, inclusive, dá maior segurança jurídica quando da análise de se determinado fato será ou não considerado como crime, haja vista somente se passar à análise do elemento subsequente após verificada a existência do elemento antecedente. Para Mayer, inclusive, com relação aos três elementos do delito, o fato típico possui uma relação indiciária (*ratio cognoscendi*) com o fato antijurídico¹. Assim, a existência do elemento do crime de número dois (antijuridicidade) pressupõe a existência do elemento do crime de número um (fato típico), mas a existência do elemento do crime de número um (fato típico) não pressuporá a existência do elemento do crime de número dois (fato antijurídico).

A conceituação analítica consistirá, portanto, em diferenciar os já citados elementos que compõem o crime.²

Neste sentido, Manuel Cobo Del Rosal já afirmava que o “procedimento analítico de verificação do crime é uma coisa natural de se ocorrer, pois o delito, como

¹ MAYER, Max Ernst. **Derecho penal:** parte general. Traducción Sergio Polotoff, Lifschitz. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007, p. 227

² BUSTOS RUBIO, M. Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad. **Estudios Penales Y Criminológicos**, v. 35, abr. 2015.

qualquer outro objeto de análise, não pode ser percebido mediante uma simples intuição unitária, afinal todo conhecimento científico é gradual.”³

A serenidade que percebemos hodiernamente, no que tange a este ponto, nem sempre existiu. Inúmeras discussões foram travadas acerca de se o crime teria um conceito unitário ou analítico e, se analítico, de quantos elementos este seria composto. Houve uma radicalização com a aparição de um chamado método unitário. Os elementos do delito, por este método, perderiam a sua autonomia, sendo que o delito seria entendido como uma totalidade, como algo totalmente homogêneo, não suscetível de ser dividido em partes singulares. A superação deste pensamento deveu-se em grande parte a Maurach, de modo que passou-se a se considerar que o método correto a analisar a existência do delito seria o método analítico e após definido o método é que se passou a analisar a quantidade de elementos que comporiam o conceito de delito.⁴ Daí se chegou à teoria tripartite.

Neste sentido, *in verbis*:

*“un examen de a doctrina científica más moderna presenta a la tripartición como sistema más generalizado. Es más: se afirma por Vasalli que se trata de un instrumento difícilmente sustituible en el estudio del delito. La evolución doctrinal, en el sentir de Maurach, parece que se ha detenido en esta zona tranquila”.*⁵

A Punibilidade, por outro lado, não é um elemento do crime, senão apenas uma consequência deste. Podemos entender que ela é a possibilidade legal de aplicação de uma pena após cumpridos os pressupostos legalmente necessários para que um injusto

³ COBO DEL ROSAL, M.: “La punibilidad en el sistema de la Parte General del Derecho penal español”, en VV. AA. **Estudios penales y criminológicos**. Espanha: Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 1983. Tomo VI.

⁴ COBO DEL ROSAL, M.: “La punibilidad en el sistema de la Parte General del Derecho penal español”, en VV. AA. **Estudios penales y criminológicos**. Espanha: Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 1983. Tomo VI

⁵ COBO DEL ROSAL, M.: “La punibilidad en el sistema de la Parte General del Derecho penal español”, en VV. AA. **Estudios penales y criminológicos**. Espanha: Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 1983. Tomo VI.

culpável possa ser castigado.⁶ Insta frisar que temos um gênero chamado sanção penal, o qual decorre da ideia de punibilidade, e deste gênero decorrem duas espécies, quais sejam, pena e medida de segurança. A despeito desta orientação, existe parte da doutrina que defende a ideia de que a punibilidade integraria o conceito de crime, razão por que, por exemplos, as condições objetivas de punibilidade seriam verdadeiros elementos constitutivos do tipo.⁷

Neste sentido, Sanchez Zapata assevera que não haveria impedimento para que se considerasse a punibilidade como quarto elemento do crime. O professor afirma, *in verbis*: “*Nada impediría tampoco considerar la “Punibilidad” como una cuarta categoria en la cual ubicar algunos supuestos de renuncia legal a la pena por razones derivadas de su innecesidad en términos utilitarios o de proporcionalidad.*”⁸

Segundo Bustos Rubio, a partir de estudos formulados, na Alemanha, por Roxin, alguns autores passaram a defender, em seus entendimentos, que a punibilidade seria um quarto elemento do crime, afirmando que o injusto culpável precisaria ser punível para ser tachado de criminoso.⁹

⁶ MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I.; NÚÑEZ CASTAÑO, E.; GOMES RIVERO, Maria Del C. **Nociones fundamentales de derecho penal**: parte general (adaptado al EEES). 2. edición revisada y puesta al día conforme a la LO 5/2010, Ed. Tecnos Madrid, 2010, p. 305.

⁷ PRADO, Luiz Régis. Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 776, p. 440 Disponível em: <http://regisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Apontamentos%20sobre%20a%20punibilidade%20e%20suas%20condicionantes%20positiva%20e%20negativa.pdf>. Acesso em: 03/04/2020.

⁸ ZAPATA, Sebastián Felipe Sánchez. La conducta punible en el derecho penal colombiano: análisis del artículo 9 del Código Penal. **Revista de Derecho**, n. 42, Barranquilla, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n42/n42a03.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2020.

⁹ Neste sentido se posicionam, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. **Tratado de derecho penal**: parte general, Ed. Aranzadi, Thomsom Reuters, Navarra, 2010, p. 739, y GARCÍA, O. Pérez: **La punibilidad en el Derecho Penal**. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 380-385.

Ainda seguindo esta linha, há bastantes autores que entendem que não haveria crime sem punibilidade. Para eles, a punibilidade seria condição *sine qua non* à existência do próprio crime.¹⁰

Críticas não faltam ao entendimento de que a punibilidade poderia ser considerada como elemento do crime, estando este autor incluído no rol dos críticos a esta ideia. Ora, negar a existência de crime diante eventual ausência de punibilidade no caso concreto seria permitir, exemplificativamente, que a fuga de quem cometeu um delito por tempo suficiente a ponto de ensejar a prescrição da pretensão punitiva pudesse apagar a existência do próprio crime cometido pelo fugado. Como sabemos, neste caso, de acordo com a teoria tripartite, o crime teria existido, mas a punibilidade teria sido fulminada pelo advento da prescrição.

Neste sentido, assevera Luis Rodriguez Collao, *in verbis*:

“Así como no es correcto vincular la punibilidad con el delito - encuaneto este puede existir sin aquélla -, tampoco nos parece acertado relacionarla sistemáticamente con la pena. La sanción penal, en efecto, puede resultar excluída, sin que por ello deje de ser punible el hecho delictivo, como ocurre, por ejemplo, en aquellos casos en que opera una causal de extinción de responsabilidad penal antes de que comience a hacerse efectiva la condena.”¹¹

Schmidhause, antes mesmo de investigar “os elementos do fato punível”, já frisava, de antemão, ser a pena consequência jurídica do crime.¹²

Relevante raciocínio nos traz Gracia Martín: assim como um médico prudente não pode ministrar um tratamento que não tenha relação com os sintomas que se

¹⁰ PANNAIN, Manuale, págs. 274 e segs.; BATTAGLINI, Diritto Penale, pág. 291; MANZINI, Trattato, vol. I, pág. 561; RANIERI, Diritto Penale, 1945, pág. 139; MUSOTTO, Le condizioni obiettive di punibilità nella teoria generale del reato, pág. 45; BRASIELLO, Se sai ammissibile, cit., pág. 95

¹¹ COLLAO, Luis Rodriguez. Punibilidad y responsabilidad criminal, **Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso**, XVI (1991).

¹² SCHMIDHÁUSER, Radbruch-GS, 1968, p. 276, *In*: ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Civitas, 1997, t. I, p. 205

pretende combater e tampouco pode diagnosticar a doença a partir do tratamento que se almeja propor, não pode o delito ser definido desde o ponto de vista de sua pena.¹³

A punibilidade, pois, tem um caráter residual frente aos elementos do delito. Esta depende da existência daqueles. Como adverte Olivé, o injusto culpável é um pressuposto indispensável, embora não suficiente em si, para a infligção de uma pena.¹⁴

Ocorrido, portanto, um injusto culpável (conduta típica, antijurídica e praticada por alguém que possui culpabilidade), temos que há a permissão jurídica para imposição de uma pena, é dizer, assim, que tal fato seria punível.¹⁵ Como ilustra Ferré Olivé, “*el injusto culpable “es un presupuesto indispensable, pero no suficiente de la pena”*”¹⁶

Para Roxin, a “*punibilidad o penalidade*” é uma categoria dificilmente comparável com o restante dos elementos sistematizados do crime, porque estes são essenciais para fornecer uma base para a imposição da sentença, enquanto a punibilidade possui um caráter residual ou excepcional.¹⁷

Como vimos alhures, decorre da punibilidade o gênero sanção penal, que se divide em duas espécies: pena e medida de segurança. Seguindo esta linha, Bustos Rubio afirma que a consequência jurídica de um fato que lesa o direito penal é sempre

¹³ Gracia Martín, L., Prólogo, p. 30.

¹⁴ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Punibilidad y proceso penal. **Revista General de Derecho Penal**, nº 10, año 2008, p. 9

¹⁵ RIPOLLÉS, José Luis Díez. La categoría de la punibilidad en el derecho penal español, *In: Estudios de Derecho Penal*: homenaje al professor Satiago Mir Puig. SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva; JIMÉNEZ, Joan Josep Queralt; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; PALOU, Maria Teresa Castiñeira. Buenos Aires, República Argentina: Euros Editores S.R.L, 2017. Acesso eletrônico - disponível em https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/view/936/786. Acesso em: 03 abr. 2020.

¹⁶ FERRÉ OLIVÉ, J. C.: “Punibilidad y proceso penal”. **Revista General de Derecho Penal**, nº 10, año 2008, p. 5.

¹⁷ Roxin, C. **Derecho Penal**: parte general. Trad. Luzón, Díaz y De Vicente. Madrid, 1997, p. 970.

uma pena ou, se fizermos ligação com a periculosidade de um agente inculpável, uma medida de segurança.¹⁸

Assim, o caráter residual da punibilidade frente ao delito criminal parece ser uma premissa óbvia, a partir do momento que se considera ser ela a consequência jurídica do injusto penal,¹⁹ não sendo ela um elemento autônomo do conceito de delito.²⁰

Erika Mendes de Carvalho, com maestria, afirma que seria uma tautologia, uma redundância, definir o crime não pelos elementos que o compõem, e sim por suas consequências.²¹

A medida de segurança se baseia na periculosidade do agente e deve ser sempre aplicada após o injusto penal (fato típico e antijurídico), o que demonstra a repulsa do ordenamento jurídico ao exercício do Direito Penal preventivo. Neste ponto, inclusive, é de bom alvitre ressaltar o fato de que considerar a punibilidade como elemento do crime implicaria em um inevitável e indevido descarte à possibilidade de medida de segurança como espécie do gênero sanção penal, pois o conceito de delito estaria inteiramente ligado, apenas, ao autor imputável.²²

¹⁸ BUSTOS RUBIO, M. Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad. *Estudios Penales Y Criminológicos*, v, 35, 2015, p. 35.

¹⁹ GIMBERNAT, E Ordeig. **Concepto y método de la ciencia del derecho penal**. Ed. Tecnos, Madrid, 2009, pp. 17

²⁰ COBO DEL ROSAL, Manuel; ANTÓN, Tomás Salvador Vives. **Derecho penal**: parte general. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, cit., p. 261.

²¹ CARVALHO, Érika Mendes de. **Punibilidade e delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 53-57.

²² PRADO, Luiz Prado. Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, v. 776, p. 440, Jun. 2000 Disponível em <http://regisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Apontamentos%20sobre%20a%20punibilidade%20e%20suas%20condicionantes%20positiva%20e%20negativa.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2020.

A pena, por sua vez, se baseia na culpabilidade do agente, tendo limite na gravidade do delito e buscando reafirmar o ordenamento jurídico juntamente com a prevenção geral, especial e a ressocialização. Embora que, convenhamos, esse discurso está em crise, ao mesmo no tocante ao aspecto da ressocialização, afinal como ressocializar alguém retirando-o do convívio com a própria sociedade? Não se está aqui a dizer, frise-se, que é ponto de vista deste autor que o condenado criminalmente não deve ser retirado do convívio social, mas sim que ao menos isso seja feito sem atribuir, dogmaticamente, ao cumprimento de pena privativa de liberdade um caráter de ressocialização.

Não por outra razão, recentemente o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 998.128-MG, afirmou que: “À luz dos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade, na fixação da espécie de medida de segurança a ser aplicada não deve ser considerada a natureza da pena privativa de liberdade aplicável, mas sim a periculosidade do agente, cabendo ao julgador a faculdade de optar pelo tratamento que melhor se adapte ao inimputável”. Aqui, observe, reafirmou-se que a base da medida de segurança gira em torno da periculosidade do agente, e não da pena. É amplamente criticada pela doutrina a análise da medida de segurança cabível de acordo com a espécie da pena privativa de liberdade aplicada ao delito, uma vez que, conforme sinalizado, os parâmetros de análise são distintos.

Sem embargo, Jakobs afirma que a pena deve ser entendida como necessária para restabelecer a lesão produzida à norma. Somente haveria possibilidade de se renunciar à aplicação de uma pena se a norma permanecesse estável sob todos os

ângulos.²³ Falando de punibilidade, temos que esta consiste na possibilidade de imposição pelo Estado da sanção penal aplicada, derivada da análise minuciosa do preenchimento dos elementos que integram o crime. Segundo Luís Régis Prado:

“[...]constitui, portanto, a punibilidade um posterius em relação ao delito, do qual tem origem. Por vezes, está subordinada ao implemento de uma condição extrínseca ao delito (condição objetiva de punibilidade); outras, o agente está isento de pena em razão de uma condição de natureza pessoal (escusa absolutória); por fim, casos há em que a punibilidade - embora de início configurada - é declarada extinta (causas de extinção da punibilidade). As duas primeiras hipóteses são condições de punibilidade, positivas (condições objetivas de punibilidade) ou negativas (escusas absolutórias).²⁴

Como já mencionado alhures, as condições objetivas de punibilidade são, de fato, elementos exteriores ao fato. Existe registro de que a existência de tais condições foi assinalada, pela primeira vez, por Binding, de acordo com sua teoria das normas. Neste sentido, Fragoso:

“Partiu de BINDING a distinção entre Deliktstatbestand (tipo de delito) e Verbrechenstatbestand (tipo de crime), dando ao primeiro noção peculiar. A culpabilidade seria característica geral do tipo de delito. Existem, porém, nas leis penais, momentos objetivos, totalmente estranhos ao delito (dem Delikt ganz fremden), que constituem pressupostos da punibilidade, como sinais objetivos, que não atingiriam a reprovabilidade da conduta.”²⁵

Entre os alemães, neste ponto, indiscutivelmente se destaca MEZGER, ao asseverar que as condições objetivas de punibilidade seriam anexas ao tipo penal.²⁶

²³ JAKOBS, Gunther **Superacion del pasado mediante el derecho penal?**, Traducción del original alemán: *Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch*, publicado en: ISENSEE (comp.), *Vergangenheitsbewältigung durch Recht - Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem*, Berlin, 1992. Version castellana de Patricia S. Ziffer (Universidad de Buenos Aires).

²⁴ PRADO, Luiz Prado. Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, v. 776, p. 440, Jun. 2000 Disponível em [http://regisprado.com/Artigos/Luiz% 20Regis% 20Prado/Apontamentos% 20sobre% 20a% 20punibilidade% 20e% 20suas% 20condicionantes% 20positiva% 20e% 20negativa.pdf](http://regisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Apontamentos%20sobre%20a%20punibilidade%20e%20suas%20condicionantes%20positiva%20e%20negativa.pdf). Acesso em: 03 abr. 2020.

²⁵ FRA GOSO, Heleno Cláudio. **Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade**. Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1962, p. 158-179

²⁶ MEZGER, **Tratado de derecho penal**. Trad. Rodriguez Muñoz, 1955, p. 367.

Há, ainda, os que consideram medidas deflagradoras de persecução penal como, por exemplo, a queixa, espécies de condições objetivas de punibilidade, pois impedir o processo seria a mesma coisa de impedir a punibilidade.²⁷

Parece claro, contudo, para este autor, que a melhor orientação, neste ponto, vem da Alemanha, no sentido de não se poder confundir condições de procedibilidade (ou perseguibilidade) com as condições objetivas de punibilidade, haja vista que aquelas tem natureza estritamente processual e estas tem natureza material, vinculadas à consequência jurídica do injusto culpável.²⁸

Prosseguindo: é mister observar, portanto, que a repreensão estatal de determinadas condutas que venham a lesionar ou, ao menos, gerar perigo de lesão a bens jurídicos predeterminados consiste em uma poderosa ferramenta de controle social. Afinal, como assevera Jakobs, apenas uma sociedade firme e segura de si mesma pode se dar ao luxo de ser generosa com aqueles que delinquem.²⁹

Atualmente, para uma melhor análise do que constitui a pena e, portanto, a punibilidade, é de suma importância observar os efeitos que ela pretende produzir, seja sobre o indivíduo transgressor da norma penal ou da sociedade em que ele se insere. Aqui, fala-se na prevenção geral e especial da pena, uma vez que há como finalidade prevenir tanto que o indivíduo venha a reincidir na prática criminosa quanto pela transmissão de uma mensagem à sociedade acerca dos efeitos oriundos do

²⁷ MANZINI, Vincenzo. **Trattato di diritto penale italiano**. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1961, v. I, p. 561

²⁸ SAUER, Die beibe Tatbestandsbegriffe, pág. 120, e Allgemeine Strafrechtslehre, pág. 63, *In*: FRAGOSO, Heleno Cláudio. **“Pressupostos do Crime e Condições Objetivas de Punibilidade”**. Disponível em: http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171003013224-pessupostos_crime.pdf. Acesso em: 03 abr. 2020.

²⁹ JAKOBS, Gunther. **Superacion del pasado mediante el Derecho penal?**, Traducción del original alemán: Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch, publicado en: ISENSEE (comp.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht - Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem, Berlin, 1992. Version castellana de Patricia S. Ziffer (Universidad de Buenos Aires)

descumprimento do Direito Penal. Sem embargo, há de se afirmar que a existência de um crime já leva a classificar a pena como sendo merecida³⁰, muito embora existam aqueles que entendam poder ser ela desnecessária no caso concreto, notadamente se constatado já terem sido atingidos as finalidades de prevenção geral e especial da pena ou, ainda, se existem meios menos lesivos do que o cárcere para o castigo.

Neste sentido, Alcácer Guirao, *in verbis*:

“[...] a pena una vez ya es merecida, puede ser o no necesaria, según su conveniencia o inconveniencia en atención a múltiples criterios y, entre ellos por ejemplo, a si se han cumplido (y en qué medida) los fines de la pena (prevención general / especial), o si existen medios menos lesivos para el castigo, o si la pena es, en definitiva, útil o idónea para hacer frente al delito (interrogantes que nacen, sobre todo, en supuestos de comportamientos postdelictivos de tipo reparador).³¹”

Quanto à prevenção geral, mister realizar uma breve conexão com o funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs, para o qual a função do Direito Penal é assegurar a higidez do sistema e, principalmente, reafirmar a validade das normas jurídicas.

Neste sentido, alerta Luiz Regis Prado:

“assim como a reprovação individual de culpabilidade encontra-se impregnada de sociabilidade na concepção de Jakobs, com mais força ainda este setor do injusto – o lado objetivo do fato –, concebido como expressão objetiva de um rompimento da norma penal, ou seja, como perturbação social, vem determinado pela interação social, em concreto, pela função que para Jakobs todo sistema de imputação penal deve cumprir em sociedade: a de possibilitar a orientação no mundo social, garantindo as expectativas de comportamento essenciais³²”.

³⁰ Bustos Rubio, M. Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad. *Estudios Penales Y Criminológicos*, v. 35, 2015.

³¹ ALCÁCER GUIRAO, R.: “La reparación en Derecho Penal y la atenuante del artículo 23,5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación”. *Revista del Poder Judicial*, tercera época, nº 63, tercer trimestre de 2001, pp. 99-100

³² PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 330.

Por outro lado, à luz do funcionalismo moderado de Claus Roxin, fala-se na função de proteção dos bens jurídicos penalmente tutelados, protegendo-se conjuntamente as garantias do agente transgressor da norma. Não por outra razão, fala-se em um garantismo binocular: busca-se a proteção da sociedade, mas também do indivíduo.

De acordo com Erika Mendes de Carvalho: “A categoria da punibilidade é a responsável pela valoração político-criminal do delito, determinando a necessidade político-criminal de pena”³³. A autora menciona, ainda, que para uma determinada corrente doutrinária, os fundamentos da punibilidade seriam os critérios de polícia criminal e/ou jurídica, ou, ainda, a prevalência de imposições de finalidades extrapenais; há quem defenda, entretanto, que é o merecimento da pena que fundamenta a punição do indivíduo. Inegável, portanto, a íntima ligação desta segunda corrente com a finalidade retributiva da pena.

Existem três teorias que buscam explicar os fins e fundamentos da pena: teoria absoluta, relativa e eclética.

As teorias absolutas fundamentam a existência da pena com base no delito praticado. A pena, portanto, é uma retribuição ao mal causado pelo crime. É como uma compensação realizada pela justiça em razão da transgressão do direito.

Luiz Regis Prado sinaliza que esta ideia de retribuição no sentido clássico carece de racionalidade, uma vez que se baseia tão somente em uma retribuição de natureza moral³⁴.

³³CARVALHO, Érika Mendes de. **Punibilidade e delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 392-3.

³⁴PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 548.

Por outro lado, para as teorias relativas, o fundamento da pena é a necessidade de se evitar novos delitos. Aqui, adota-se uma concepção utilitarista da pena: a consecução da prevenção geral, bem como especial, caso se analise sob a ótica do transgressor.

Neste sentido, afirma a Lei de Execução Penal em seu artigo inaugural que: “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Podemos afirmar que as garantias que giram em torno da individualização da pena previstas na Constituição Federal (art. 5º, incisos XLVI, XLVII, XLVIII e XLIX) constituem uma decorrência lógica da prevenção especial, por impor ao legislador, magistrado e inclusive aos responsáveis pelos estabelecimentos prisionais que se analise os casos de acordo com o delito praticado e a periculosidade do agente.

Por fim, no tocante às teorias unitárias ou ecléticas, adotadas de forma majoritária atualmente, busca-se a conciliação entre a prevenção geral, especial e retributiva.

O alemão Claus Roxin propõe a teoria unificadora dialética, que parte da diferenciação entre o fim da pena, analisada em um caso concreto, e o fim do direito penal, que é analisado de forma abstrata.

Em tradução realizada por Bitencourt:

“Se o direito penal tem que servir à proteção subsidiária de bens jurídicos e, com isso, ao livre desenvolvimento do indivíduo, assim como à preservação de uma determinada ordem social que parta deste princípio, então, mediante este propósito, somente se determina quais condutas podem ser sancionadas

pelo Estado. Sem embargo, com isso não se está de antemão definido que efeitos deveriam surtir a pena para cumprir com a missão do direito penal³⁵”.

Por tal razão, Roxin defende que a finalidade da pena se limita à prevenção, seja a geral ou a especial. Afirma, ainda, que a pena teria o condão de reforçar a confiança social no funcionamento do sistema legal, o que produziria a pacificação social.

O penalista, novamente em tradução realizada por Bittencourt, sintetiza afirmando que:

[...] a pena serve aos fins de prevenção especial e geral. Limita-se em sua magnitude pela medida da culpabilidade, mas pode ser fixada abaixo deste limite quando seja necessário por exigências preventivo-especiais, e a isso não se oponham as exigências mínimas preventivo-gerais³⁶.

Ponto, por demais interessante e que pouco se fala, é a necessidade de o Direito Penal se aproximar com o Direito Processual Penal, até porque o Direito Penal somente alcança um fato através de um processo. Assim, indubitavelmente, temos que a punibilidade depende de um processo e o processo depende da punibilidade, até porque esta, a punibilidade, acaba funcionando como um dos pressupostos processuais, notadamente o interesse de agir. Neste sentido, Juan Carlos Ferré Olivé, *in verbis*:

“Existen diferentes argumentos que permiten fundamentar por qué el Derecho Penal debe aproximarse al Derecho **Procesal**. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el Derecho Penal sólo puede acercarse la realidad por medio de un proceso. Si se ignora el proceso, el análisis no puede resultar acertado. Un Derecho Penal así entendido limita su estudio a los supuestos en los que efectivamente se está ante un hecho punible comprobado, mientras que el Derecho Procesal posee un espacio de actuación más extenso, porque analiza también muchos casos en los que ha existido una mera posibilidad o sospecha de delito, ampliando así su perspectiva. Al alejarse un poco del punto de vista sustantivo estricto, se introducen nuevos elementos

³⁵BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p-194, et seq. 232-233.

³⁶ *Ibid.*, p. 194 et seq.

de valoración, que pueden llegar a hacer variar la decisión final”.³⁷

Urge latente, pois, a necessidade de se considerar que certos aspectos tidos como processuais incidem diretamente na persecução judicial do delito.³⁸

1.2 Limites

Mesmo sendo uma consequência do crime, a punibilidade, em determinadas ocasiões, não se sustenta por si só. Existem hipóteses em que seu (in)sucesso se encontra condicionado a uma condição extrínseca ao delito. Afinal, nem todo fato punível será, de fato, apenado no caso concreto.³⁹

Jamais se poderia cogitar de um conflito sem fim, de uma discussão sem termo. Isso contrariaria, quase que por completo, o ideal de justiça, pois um dos pressupostos dela é a segurança que se faz necessária no que toca às resoluções de conflitos por parte do estado. Se nem mesmo raiva alguma de um ser humano por outro há como ser eterna, que dirá o poder/dever de punir do estado. Neste sentido, José de Faria Costa assinala que seria incompreensível, inconsequente e socialmente repugnante que o Estado pudesse admitir que todos os processos de todas as infrações penais pudessem permanecer, continuamente, em aberto, pois isso seria sintoma de uma intolerável ineficácia e inércia por parte do Estado.⁴⁰

³⁷FERRÉ OLIVEÉ, Juan Carlos Ferré. Punibilidad y proceso penal. **Revista General de Derecho Penal**, n. 10, año 2008. Disponível em : <https://aplicacao.mp.mg.br/xmlui/handle/123456789/538>. Acesso em: 30 abr. 2020.

³⁸ Ibid.

³⁹ Bustos Rubio, M. Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad. *Estudios Penales Y Criminológicos*, v 35, abr. 2015.

⁴⁰COSTA, José de Faria. O Direito penal e o tempo. (Algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição). **Dereito**: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela. v. 11, n.1, 2002, p. 109-132.

Outro ponto interessante e também ressaltado por José de Faria Costa é o de que não basta que haja limites temporais ao direito de punir do estado, este limite há de ser “personalizado” de acordo com a infração cometida. Seria absurdo que houvesse um único prazo prescricional para toda e qualquer infração penal, pois a gravidade de um homicídio qualificado, por exemplo, é muito maior que a de um furto simples. Assim, entre a gravidade da infração penal e o prazo prescricional precisa haver um severo respeito ao princípio da proporcionalidade⁴¹.

Segundo Cláudio Brandão,

*“A limitação ao poder de punir será uma característica marcante não somente do direito penal liberal, mas do próprio conceito de Estado Democrático de Direito, todavia, na seara penal, foi a dita limitação que deu possibilidade de desenvolvimento aos elementos que compõem a dogmática do delito, os quais são critérios que limitam a intervenção penal, isto é, a manifestação do jus puniendi.”*⁴²

Por tal razão, cumpre o início da análise das causas de extinção da punibilidade. São hipóteses em que o Estado se encontra impossibilitado de dar início ou continuar a aplicação do *ius puniendi*. Tem aplicação, portanto, tanto antes da aplicação da pena quanto durante a sua execução.

Embora o principal dispositivo do ordenamento jurídico no que tange às causas extintivas da punibilidade seja o artigo 107 do Código Penal, é de suma importância observar que existem outras causas de extinção da punibilidade no ordenamento jurídico. Cite-se, por exemplo, o ressarcimento do dano antes da sentença irrecorrível no crime de peculato culposo (art. 312, §3º do Código Penal). Por se tratar de matéria de

⁴¹ Ibid., 2002.

⁴² BRANDÃO, Claudio. Tipicidade e interpretação no direito penal. **Sequência**, Florianópolis, n. 68, p. 59-89, jun. 2014.

ordem pública, o juiz deve, como regra, extinguir a punibilidade de ofício, sempre que detectar um motivo para tanto.

A primeira causa extintiva da punibilidade que se encontra prevista no art. 107, I do Código Penal consiste na morte do agente. É imperioso lembrar, neste ponto, o princípio da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV da Constituição Federal), donde exsurge a necessária extinção do *ius puniendi* quando o agente vem a óbito, não podendo haver a responsabilidade **penal** de seus sucessores. Frise-se, aqui, que esta – a morte do agente – é a única causa de extinção de punibilidade que não permite decisão de ofício, pois a vista ao *parquet* è obrigatória por determinação legal (art. 62 do CPP).⁴³

Tal princípio, contudo, não tem o condão de afastar a obrigação de reparar os danos na esfera cível. A propósito, com o princípio da *saisine*, após a morte do agente automaticamente passa-se aos herdeiros eventual obrigação de arcar com as indenizações oriundas de eventuais danos causados.

Abrindo um parênteses, o documento necessário para a comprovação da morte do agente constitui um clássico exemplo de prova tarifada no âmbito do processo penal, uma vez que somente com a certidão de óbito é possível extinguir a punibilidade do réu (art. 62 do Código de Processo Penal). Existe divergência na doutrina se o posterior reconhecimento da falsidade da certidão de óbito teria o condão de reabrir o processo. Entretanto, no HC 104998, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu entendimento diverso, entendendo que a falsidade do documento permitiria a reabertura de inquérito ou ação penal, afinal não se pode beneficiar o torpe pela sua própria torpeza.

⁴³ Art. 62. No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, **e depois de ouvido o Ministério Público**, declarará extinta a punibilidade.

Para o Min. Toffoli, neste julgado supracitado, as questões que não existem para o mundo jurídico e, sequer para o mundo dos fatos, devem ser desconsideradas, não operando sobre elas o trânsito em julgado. De acordo com o Ministro: “A jurisprudência tem-se orientado no sentido de que, prevalecendo nessa fase da pronúncia o princípio *in dubio pro societate* cabe ao júri popular a análise da questão o réu somente deixará de ser submetido a julgamento do júri se inexistente o crime ou se não houve indícios de sua participação no fato”.

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, reconheceu a inexistência de revisão criminal contra o réu, caminhando juntamente com entendimento de parcela da doutrina, a exemplo de Luiz Regis Prado.

Obviamente, por se tratar de uma causa pessoal de extinção da punibilidade, não se comunica aos coautores e partícipes da infração penal.

O inciso II do artigo 107 do Código Penal trata da anistia, graça e indulto. Tratam-se de manifestações de indulgência, oriundas do próprio Estado, que afasta a possibilidade de exercício do *ius puniendi* em favor de um indivíduo. Existem de longa data, tanto em regimes monárquicos quanto republicanos. Podemos observar, pela história, que o instituto do indulto é tão antigo quanto o delito.⁴⁴

A anistia consiste em um ato oriundo do Congresso Nacional, e, se concedida antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, possui o condão de afastar os efeitos penais. Via de regra, trata-se de um ato de caráter geral, embora haja a possibilidade de anistia parcial ou restrita, hipótese em que será outorgada apenas a determinados agentes ou a determinada categoria de crimes.

⁴⁴ CADALSO, F. *La libertad condicional el indulto y la amnistía*, Madrid: J. Lopez, 1921, p. 195 et seq.

Também se costuma classificar a anistia como própria (se anterior à condenação) ou imprópria (caso seja concedida após a prolação da decisão condenatória). Se for condicionada, poderá ser recusada pelo beneficiário.

Por sua vez, o indulto e a graça são concedidos pelo Presidente da República. Diferenciam-se porque, naquela, o caráter é coletivo, e na última, é individual. Registre-se, ainda, que a graça é solicitada ao Presidente da República, ao passo que o indulto é espontâneo.

A graça, em sociedades mais primitivas, era concebida como um atributo da divindade exercida pelo rei, que representaria Deus na terra, como medida de equilibrar a justiça em um ato de clemência.⁴⁵

Em que pese a graça ser solicitada, não significa necessariamente que somente o condenado poderá requerê-la, isto porque tal faculdade também se estende ao Ministério Público, ao Conselho Penitenciário e à autoridade administrativa (art. 188, LEP).

Somente o indulto pleno tem o condão de extinguir a punibilidade, uma vez que o indulto parcial somente reflete na diminuição da pena.

Entre os documentos mais antigos que fazem referência ao indulto, temos o Código de Hamurabi⁴⁶, os livros sagrados da Índia⁴⁷, o antigo Egito⁴⁸ e o povo Judeu⁴⁹.

⁴⁵ CONSTANT, B. [1819]. Descrevia a graça como um direito de natureza divina, para reparar erros da justiça humana ou atos de severidade excessiva. *In*: Escritos políticos. Trad. de Maria L. Sánchez Mejías Madrid: C.E.C. 1989, v. 34.

⁴⁶ MARTÍNEZ, José Henrique Sobremonte. **Indultos y Amnistía**, Valencia: Universidad, 1980, p. 4.

⁴⁷ MANAVA DHARMA ZASTRA. O libro de las Leyes de Manú. Traducido del francés por José Alemany Bolufer, Madri: Librería de los Sucesores de Hernando, 1912, p. 233- 234.

⁴⁸ DORADO P. **El derecho protector de los criminales**. Madrid: Libreria General de Victoriano Suárez, 1915, p. 39 et seq.

⁴⁹ BIBLIA de Jerusalén. Traducida al Español por Luis Aguirre.1967. Bruxelles: Descleé de Brouwer, 1967.

A terceira causa extintiva da punibilidade prevista no artigo 107 do Código Penal constitui na *abolitio criminis*, que ocorre quando uma lei posterior retira do ordenamento jurídico penal fato anteriormente definido como crime. Por se tratar de norma mais favorável ao agente (*lex mitior*), deverá retroagir para alcançar fatos pretéritos, mesmo que já definitivamente julgados. Há um clássico exemplo na história do Direito Penal Brasileiro referente ao crime de adultério, anteriormente prevista no artigo 240 do Código Penal. Com o advento da Lei nº 11.106/05, houve a *abolitio criminis* mencionada. Como se sabe, a regra é a de que a lei penal somente pode ser aplicada a fatos ocorridos após sua entrada em vigor. Segundo Hassemer, pretender aplicar uma lei a um caso ocorrido antes de sua entrada em vigor é um fantasma de um estado policialesco⁵⁰.

Na hipótese de *abolitio criminis* não subsiste, na verdade, nem a execução da pena, que é seu efeito principal, mesmo transitada em julgado.

A renúncia, por sua vez, tem seu âmbito de incidência nas ações penais de natureza privada, em que o ofendido manifesta sua vontade de não exercício do direito de queixa, o que opera a extinção da punibilidade do agente. É um ato unilateral, uma vez que não precisa ser aceito pelo réu. Trata-se de uma causa extintiva da punibilidade que se estende a todos os coautores do delito.

Diferentemente do que sinaliza em uma primeira análise, a renúncia pode ser exercida tanto de maneira expressa quanto tácita. De acordo com o art. 104, parágrafo único do Código Penal, considera-se renúncia tácita a prática de qualquer ato que seja incompatível com a vontade de exercer o direito de queixa. Somente a renúncia

⁵⁰ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos Del Derecho Penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984, p. 320.

expressa precisa constar em declaração assinada pelo ofendido, seu representante legal ou procurador com poderes especiais.

Embora fale-se até então de ações penais privadas, a doutrina sinaliza a possibilidade de renúncia em ações penais privadas subsidiárias da pública. Caso nenhuma outra causa de extinção da punibilidade tenha ocorrido, nada impede, no caso, que o Ministério Público ofereça a denúncia.

Por outro lado, o perdão do ofendido ocorre no trâmite da ação penal privada. Por ocorrer na fase processual, constitui ato de natureza bilateral, somente produzindo efeitos se aceito, de forma expressa ou tácita, pelo querelado ou por procurador com poderes especiais. Desde que não haja sentença condenatória transitada em julgado, é possível que o perdão seja concedido a qualquer tempo.

O perdão judicial, por sua vez, constitui no que se chama na doutrina de “bagatela imprópria”. Diferentemente do que ocorre na bagatela própria, que possui o condão de afastar a tipicidade material delitiva, no perdão judicial o magistrado, tendo em vista circunstâncias previstas na lei, decide pela não aplicação da sanção penal correspondente. É um direito subjetivo do réu, e não uma faculdade do juiz. Sendo assim, prescinde de aceitação do agente.

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a sentença concessiva do perdão judicial possui natureza declaratória. Neste sentido: “Súmula 18 do STJ “ –A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório”.

Na legislação penal especial, existem algumas previsões de cabimento do perdão judicial. No artigo 13 da Lei nº 9.807/99, prevê-se que: “poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da

punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I – a identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa; II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III – a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso”.

De igual maneira, na Lei nº 12.850/13, mais precisamente em seu artigo 4º, dispõe-se que: “Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.”

Na Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei 3.688/1941), também há expressa menção sobre o cabimento do perdão judicial: Art. 39. Participar de associação de mais de cinco pessoas, que se reúnam periodicamente, sob compromisso de ocultar à autoridade a existência, objetivo, organização ou administração da associação: Pena – prisão simples, de um a seis meses, ou multa, de trezentos mil réis a três contos de réis.

§ 2º O juiz pode, tendo em vista as circunstâncias, deixar de aplicar a pena, quando lícito o objeto da associação.

Também podemos falar em previsão de perdão judicial na Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa. § 2º No caso de guarda doméstica de espécie silvestre não considerada ameaçada de extinção, pode o juiz, considerando as circunstâncias, deixar de aplicar a pena.”

Por fim, mencionemos a previsão do perdão judicial no próprio Código Penal, notadamente nos seguintes dispositivos: arts. 121, §5.º (homicídio); 129, §8.º (lesão corporal); 140, §1.º (injúria); 176, parágrafo único (outras fraudes); 180, §5.º (receptação); 242, parágrafo único (parto suposto); e 249, §2.º (subtração de incapazes).

A retratação é ato unilateral, que independe de aceitação do ofendido. Ocorre nos crimes de calúnia, difamação, falso testemunho e falsa perícia. Neste último caso exige-se também, para a extinção da punibilidade, que a retratação seja feita antes da prolação da sentença no processo em que o crime fora praticado. Há reconsideração da afirmação anterior pelo réu, que procura impedir o dano resultante de sua falsidade.

Para que possua o condão de efetivamente extinguir a punibilidade do agente, deverá ser realizada antes da sentença. Caso contrário funcionará como mera atenuante da pena.

A decadência e a preempção constituem modalidades de perda do direito de ação pelo decurso do tempo. Conforme artigo 103 do Código Penal, o ofendido ou seu representante legal decaem do direito de queixa ou de representação, salvo disposição

em contrário, se não o exerce no prazo de seis meses contado do conhecimento da autoria delitiva, ou, caso se trate de ação penal subsidiária da pública, do dia em que se esgota o prazo para o oferecimento da denúncia (artigo 38 do CPP). Foge à regra o disposto no artigo 91 da Lei nº 9.099/95: “Art. 91. Nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência.”

Caso a vítima seja menor de dezoito anos, o oferecimento da queixa ou da representação será realizado pelo seu representante legal.

Vale ressaltar que a retratação, nos crimes submetidos aos consectários da Lei nº 11.340/06, é realizada de forma distinta, conforme art. 16 da referida Lei: “Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.”

Se o delito for praticado em coautoria, em respeito ao princípio da indivisibilidade da ação penal, o prazo se iniciará a partir do conhecimento do primeiro autor.

A preempção, por sua vez, se traduz na perda do direito de ação oriunda da inércia do querelante. Com o início da ação penal privada, a inatividade do querelante gera a presunção de seu desinteresse pelo prosseguimento da ação penal. Por óbvio aplica-se apenas à ação penal que seja exclusivamente privada. Na ação penal subsidiária da pública, cabe ao Ministério Público a possibilidade de retomar, como autor, o processo.

De acordo com o artigo 60 do Código de Processo Penal, opera-se a preempção quando: Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á preempta a ação penal: I - quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos; II - quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36; III - quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais; IV - quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.”

Por constituir capítulo próprio deste trabalho, a prescrição, modalidade de causa extintiva da punibilidade, será tratada a seguir.

Pode-se mencionar, ainda, as condições objetivas de punibilidade e as escusas absolutórias.

As condições objetivas de punibilidade são exteriores à ação e, por razões de oportunidade e conveniência, condicionam a concreção da punibilidade. Jescheck foi um dos precursores na diferenciação entre condições objetivas de punibilidade próprias e impróprias. As próprias restringiriam o âmbito de aplicação da pena e as impróprias, nas palavras do professor:

“[...]constituyen “causas de agravación penal encubiertas, que pertenecen por su esencia al tipo de injusto, pero se configuran formalmente como condiciones de punibilidad, porque el legislador quiso independizarlas de la exigencia de la relación dolosa o imprudente. De hecho, constituyen restricciones del principio de culpabilidad por razones políticocriminales”⁵¹

⁵¹ JESCHECK, H. H. **Tratado de Derecho penal:** parte general. Tradução Manzanares Samaniego. Granda: Ed. Comares, 1993, p. 505.

Recentemente, com a alteração promovida no artigo 122 do Código Penal, tem-se que o referido delito não mais possui uma condição objetiva de punibilidade, ao menos para os fatos praticados após a entrada em vigor da Lei nº 13.968/19, qual seja: a ocorrência de lesão grave ou morte da vítima. Por outro lado, pode-se mencionar a existência de prejuízo no delito do art. 164 do Código Penal.

É de suma importância observar que a consumação do delito prescinde da condição objetiva de punibilidade. O que guarda relação de dependência, no caso, é a possibilidade do exercício do *ius puniendi* pelo Estado.

A não ocorrência da condição objetiva de punibilidade possui reflexos jurídicos interessantes, uma vez que tem o condão de, inclusive, afastar a participação em eventual concurso de pessoas. Mir Puig, desde a assunção da teoria dos elementos negativos do tipo, considera que as condições de punibilidade pertencem ao próprio tipo de injusto.⁵²

Menciona-se, ainda, o início da contagem do prazo prescricional não a partir do dia em que o delito se consumou, e sim apenas com o implemento da condição objetiva. Observe: uma vez que a prescrição constitui uma das modalidades de extinção da punibilidade, não há como se cogitar o início do transcurso de seu prazo se, em verdade, sequer há punibilidade concreta.

Por outro bordo, as escusas absolutórias permitem que, embora haja um fato típico, antijurídico e culpável, afaste-se a consequência jurídica (a pena propriamente dita ou a medida de segurança) por razões de natureza pessoal selecionadas pelo

⁵²MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal:** parte general, cit., p. 143-144. In: RUBIO, Miguel Bustos. Más alla del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad. Estudios Penales e Criminológicos, v. XXXV, 2015, p. 189-238; p. 217.

legislador. O termo tem origem francesa e não se confunde com contextos que justificam a prática de um fato típico nem como situações que elidem a imputabilidade do agente.⁵³

De acordo com Luiz Régis Prado, existem inúmeras nomenclaturas para as escusas absolutórias: causas pessoais de exclusão de pena (utilizada por Welzel e Jescheck na doutrina alemã), causas pessoais de isenção de pena, condições objetivas de punibilidade negativamente consideradas, causas de não punibilidade em sentido estrito ou, simplesmente, escusas absolutórias⁵⁴.

O professor ainda ressalta a existência de comportamentos pós-delitivos positivos, que constituem “comportamentos do sujeito que são valorados positivamente pelo legislador, em razão de sua utilidade para a vítima ou para a Administração de Justiça. São três traços fundamentais que o caracterizam, a saber: a posterioridade, a voluntariedade e o seu conteúdo positivo. Podem acarretar a total isenção de pena (art. 15 CP) ou conduzir à sua atenuação (art. 14, Lei nº 9.807/99)⁵⁵. Interessante posicionamento possui o professor Armendáriz León, ao entender que a exceção da verdade no crime de calúnia seria uma escusa absolutória.⁵⁶

A doutrina aponta, ainda, a diferenciação entre as escusas absolutórias preexistentes, que ocorrem antes do crime e que são inerentes ao agente, e as escusas absolutórias posteriores, que constituem causas de supressão da pena. Sem embargo, temos posicionamento no sentido de que as escusas absolutórias poderiam também ser

⁵³SILVELA, L., **El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España**: parte segunda, Ed. Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, 2. Edición, Madrid, 1903, p. 201

⁵⁴PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 686.

⁵⁵Ibid., 2019. p. 688.

⁵⁶ARMENDÁRIZ LEÓN, C. “La naturaleza jurídica de la ‘exceptio veritatis’ en el delito de calumnia”. En Álvarez García, F. J.; Cobos Gómez de Linares, M. A.; Gómez Pavón, P.; et. al. (coords.), Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 389

consideradas como causas de anulação de pena.⁵⁷ Há, no entanto, autores que condenam a necessidade de distinção.⁵⁸

⁵⁷ MIR PUIG, Santiago. Derecho penal parte general, cit., p. 144, MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I.; GOMÉZ RIVERO, M. CI; NÚÑEZ CASTAÑO, E. **Nociones fundamentales de Derecho Penal**: parte general (adaptado al EEES). 2. edición revisada y puesta al día conforme a la LO 5/2010, Ed. Tecnos Madrid, 2010... cit., pp. 306-307, LUZÓN PEÑA, “La punibilidad”, cit., pp. 839 y ss., y PEDREIRA GONZÁLEZ, “La punibilidad”, cit., p. 171, In: BUSTOS RUBIO, Miguel. Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad. Estudios Penales y Criminológicos, v. XXXV (2015, p. 217.

⁵⁸ MORENO-TORRES, Herrera. **El error sobre la punibilidad**. València: Ed. Tirant lo Blanch, p. 44.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscamos, neste singelo trabalho, explicar sobre os fundamentos da punibilidade, sua posição frente à estrutura do delito, bem como seus limites, dentre os quais, o que mais interessou para o nosso escopo: a interrupção do prazo prescricional.

Como exhaustivamente exposto, a possibilidade de interrupção do prazo prescricional está ligada à proibição de proteção deficiente a bens jurídicos e ela deve ocorrer, desde que em situações previstas em lei, quando se está diante de uma postura de inércia do Estado, postura esta que não vislumbramos quando um Tribunal confirma condenação exarada por instância inferior, ainda que haja diminuição de pena.

Deste modo, a conclusão deste trabalho vai ao encontro da posição atual do STF e do STJ, qual seja, a de que acórdão confirmatório de condenação interrompe a contagem do prazo prescricional, ainda que haja diminuição de pena.

REFERÊNCIAS

ALCÁ CER GUIRAO, R.: “La reparación en Derecho Penal y la atenuante del artículo 23,5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación”, en **Revista del Poder Judicial**, tercera época, nº 63, tercer trimestre de 2001.

ARMENDÁRIZ LEÓN, C. “La naturaleza jurídica de la ‘exceptio veritatis’ en el delito de calumnia”, **Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales**, n. 70, enero-abril 2007.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.; LINARES, M. A. Cobos Gómez de; GÓMEZ PAVÓN, P.; et. al. (coords.), **Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos**. Valência: Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

BALTAZAR, Antônio Lopes. **Prescrição penal**. São Paulo: Edipro, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

BIBLIA de Jerusalén. Traducida al Español por Luis Aguirre.1967. Bruxelles: Descleé de Brouwer, 1967.

BRAMONT ARIAS, Luis; "**La Nueva Constitución y el Derecho Penal**". Lima, 1980.

BRASIELLO, Se sai ammissibile, cit., pág. 95.

BUSTOS, Rubio, M. Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad. **Estudios Penales Y Criminológicos**, v. 35, abr. 2015.

CADALSO, F. **La libertad condicional el indulto y la amnistía**. Madrid: J. Lopez, 1921.

CARVALHO, Érika Mendes de. **Punibilidade e delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CONSTANT, B. [1819]. Descrevia a graça como um direito de natureza divina, para reparar erros da justiça humana ou atos de severidade excessiva. *In: Escritos políticos*. Trad. de Maria L. Sánchez Mejias Madrid: C.E.C. 1989, v. 34.

COBO DEL ROSAL, M.: “La punibilidad en el sistema de la Parte General del Derecho penal español”, en VV. AA., Espanha: Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 1983. (Estudios penales y criminológicos, t. VI)

COBO DEL ROSAL, Manuel; ANTÓN, Tomás Salvador Vives. **Derecho penal: parte general**. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

COLLAO, Luis Rodriguez. Punibilidad y responsabilidad criminal. **Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaiso**, XVI (1991).

COSTA, José de Faria. O Direito penal e o tempo. (Algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição). **Dereito**: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela. v. 11, n.1, 2002,

DORADO P. **El derecho protector de los criminales**. Madrid: Libreria General de Victoriano Suárez, 1915, p. 39 et seq.

FERNANDES, G. Ospina. **Régimen General de las obligaciones**. Bogotá: Temis, 1994.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. Punibilidad y proceso penal. **Revista General de Derecho Penal**, n. 10, año 2008. Disponível em : <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/538>. Acesso em: 30 abr. 2020.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Pressupostos do crime e condições objetivas de punibilidade, Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria**. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1962.

FRANCO, Alberto Silva (org.). **Código penal e sua interpretação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GIMBERNAT ORDEIG, E. **Concepto y método de la ciencia del Derecho penal**. Madrid: Ed. Tecnos, Madrid, 2009.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos Del Derecho Penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

HURTADO POZO, José; "La interpretación de la Ley (Penal) en el Derecho Penal", en **Revista Derecho**, n. 32, Lima, 1974.

HURTADO POZO, José; "**Manual de derecho penal: parte general**", 2. ed. Lima: Sesator, 1987.

JAKOBS, Gunther. **Superacion del pasado mediante el Derecho penal?**, Traducción del original alemán: Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch, publicado en: ISENSEE (comp.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht - Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem, Berlin, 1992. Version castellana de Patricia S. Ziffer (Universidad de Buenos Aires)

JESCHECK, H. H. **Tratado de Derecho penal: parte general**. Tradução Manzanares Samaniego. Granda: Ed. Comares, 1993

JIMENEZ DE ASUA, Luis. **Principios de derecho penal: La Ley y el Delito**. Buenos Aires, Argentina – Abeledo-Perrot, Editorial Sudamericana. 1980, Cap. X. Disponível em: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/01/Descarga-en-PDF-%C2%ABLa-ley-y-el-delito%C2%BB-del-gran-Luis-Jim%C3%A9nez-de-As%C3%BAa.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2020.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: Tratado de derecho penal: parte general. Navarra: Ed. Aranzadi, Thomsom Reuters, Navarra, 2010. p. 739, y GARCÍA PÉREZ, O.: La punibilidad en el Derecho Penal, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.

MANTOVANI, Ferrando. Diritto penale: parte generale. 3. ed. Padova: CEDAM, 1992. p. 740

MARTÍNEZ, José Henrique Sobremonte. **Indultos y Amnistía**, Valencia: Universidad, 1980, p. 4.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I.; NÚÑEZ CASTAÑO, E.; GOMES RIVERO, Maria Del C. **Nociones fundamentales de derecho penal**: parte general (adaptado al EEES). 2. edición revisada y puesta al día conforme a la LO 5/2010, Ed. Tecnos Madrid, 2010, p. 305.

MANAVA DHARMA ZASTRA. O libro de las Leyes de Manú. Traducido del francés por José Alemany Bolufer, Madri: Librería de los Sucesores de Hernando, 1912, p. 233-234.

MANZINI, Vincenzo. **Trattato di diritto penale italiano**. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1961. v. I.

MAYER, Max, Ernst. **Derecho penal**: parte general. Traducción Sergio Polotoff, Lifschitz. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007.

MEZGER, **Tratado de derecho penal**. Traducción de la 2. ed. Alemana, 1933, y notas de derecho español por Jose Arturo Rodriguez Munoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general, cit., p. 143-144. In: RUBIO, Miguel Bustos. Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad. Estudios Penales e Criminológicos, v. XXXV, 2015, p. 189-238; p. 217.

MIR PUIG, Santiago. Derecho penal parte general, cit., p. 144, MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I.; GOMÉZ RIVERO, M. C.; NÚÑEZ CASTAÑO, E. **Nociones fundamentales de Derecho Penal**: parte general (adaptado al EEES). 2. edición revisada y puesta al día conforme a la LO 5/2010, Ed. Tecnos Madrid, 2010... cit., pp. 306-307, LUZÓN PEÑA, “La punibilidad”, cit., pp. 839 y ss., y PEDREIRA GONZÁLEZ, “La punibilidad”, cit., p. 171, In: BUSTOS RUBIO, Miguel. Más allá del injusto culpable: los presupuestos de la punibilidad. Estudios Penales y Criminológicos, v. XXXV, 2015.

MORENO-TORRES, Herrera. **El error sobre la punibilidad**. València: Ed. Tirant lo Blanch, p. 44.

MUSOTTO, Giovanni. **Le condizioni obiettive di punibilità nella teoria generale del reato**. Palermo: Tuminelli, 1936.

PANNAIN, Manuale, págs. 274 e segs.; BATTAGLINI, Diritto Penale, pág. 291; MANZINI, Trattato, vol. I, pág. 561; RANIERI, Diritto Penale, 1945, pág. 139; MUSOTTO, Le condizioni obiettive di punibilità nella teoria generale del reato, pág. 45; BRASIELLO, Se sai ammissibile, cit., pág. 95.

PRADO, Luiz Prado. Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, v. 776, p. 440, Jun. 2000 Disponível em <http://regisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Apontamentos%20sobre%20a%20punibilidade%20e%20suas%20condicionantes%20positiva%20e%20negativa.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2020.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019

PORTO, Antônio Rodrigues. **Da Prescrição Penal**. São Paulo: José Bushatsky, 1972.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. La categoría de la punibilidad en el derecho penal español, *In: Estudios de Derecho Penal: homenaje al professor Satiago Mir Puig*. SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva; JIMÉNEZ, Joan Josep Queral; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; PALOU, Maria Teresa Castiñeira. Buenos Aires, República Argentina: Euros Editores S.R.L., 2017. Acesso eletrônico - disponível em https://revistas.usergioarbolea.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/view/936/786. Acesso em: 03 abr. 2020.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Trad. Luzón, Díaz y De Vicente. Madrid, 1997.

SAUER, Die beibe Tatbestandsbegriffe, pág. 120, e Allgemeine Strafrechtslehre, pág. 63, *In: FRAGOSO, Heleno Cláudio. “Pressupostos do Crime e Condições Objetivas de Punibilidade”*. Disponível em: http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171003013224-pressupostos_crime.pdf. Acesso em: 03 abr. 2020.

SCHMIDHÁUSER, Radbruch-GS, 1968, p. 276, *In: ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas, 1997. t. I.

SILVELA, L., **El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España**: parte segunda, Ed. Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, 2. Edición, Madrid, 1903.

VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-sim. – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006. v.1.

ZAPATA, Sebastián Felipe Sánchez. La conducta punible en el derecho penal colombiano: análisis del artículo 9 del Código Penal. **Revista de Derecho**, n. 42, Barranquilla, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n42/n42a03.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2020.