

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ADRIANA CABRAL DOS SANTOS

PRESCRIÇÃO RETROATIVA E AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS  
PELA LEI Nº 12.234/2010

CURTIBA

2010

ADRIANA CABRAL DOS SANTOS

PRESCRIÇÃO RETROATIVA E AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS  
PELA LEI Nº 12.234/2010

Trabalho de Monografia apresentado como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Doutor João Gualberto Garcez Ramos.

CURITIBA

2010

## RESUMO

O presente trabalho objetivou avaliar os fundamentos da prescrição retroativa e as efetivas alterações introduzidas pela Lei 12.234/2010. Embora não tenha a referida Lei afastado definitivamente esta modalidade de prescrição do Ordenamento Jurídico brasileiro, atingiu-a parcialmente, impossibilitando a incidência do prazo prescricional retroativo ao lapso temporal compreendido entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa, justamente no período em que corre o inquérito policial. Críticas e discussões da doutrina e jurisprudência têm fomentado o debate sobre a legitimidade da prescrição retroativa, muitas vezes considerando-a como forma de controle do poder abusivo e ilimitado do Estado; outras, associando-a à impunidade e à imoralidade no Direito Penal. A maioria a doutrina defende o instituto, argumentando com base na figura da “pena justa”, que seria a medida adequada para o cálculo do prazo prescricional a incidir no caso concreto. A complexidade do tema não facilita as conclusões definitivas, muito embora se possa reconhecer que o direito de punir por mais tempo não garante uma punição mais justa.

Palavras-chave: poder-dever de punir; Direito Penal; prescrição penal; prescrição retroativa; Lei 12.234/10; impunidade.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	03
<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	05
<b>2. PODER-DEVER DE PUNIR DO ESTADO</b> .....	07
2.1 PRESCRIÇÃO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE .....	10
2.2 PRESCRIÇÃO E IMPUNIDADE .....	12
<b>3. PRESCRIÇÃO PENAL E SEUS FUNDAMENTOS</b> .....	18
3.1. PRESCRIÇÃO NA DOCTRINA PENAL BRASILEIRA .....	24
3.2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE PRESCRIÇÃO .....	27
<b>4. A PRESCRIÇÃO RETROATIVA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO</b> .....	30
4.1 APONTAMENTOS HISTÓRICOS SOBRE PRESCRIÇÃO RETROATIVA: DEBATES E CRÍTICAS .....	30
4.2 A PRESCRIÇÃO RETROATIVA ANTERIOR À LEI 12.234/2010 .....	37
4.3 LEI 12.234/2010: O QUE DEVERIA TER SIDO E QUE NÃO FOI .....	49
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	55
<b>6. REFERÊNCIAS</b> .....	57

## 1. INTRODUÇÃO

A trajetória da prescrição retroativa no contexto do Direito Penal brasileiro, desde a sua criação até a inclusão do instituto no Ordenamento Jurídico pátrio, constituiu-se por pequenos avanços e retrocessos, justificados sempre pelos anseios e demandas próprios de cada período de nossa história política e social. Debatedores de grande prestígio, como o Nelson Hungria e Heleno Fragoso, entre outros, construíram argumentos poderosos para, respectivamente, defender e rechaçar este instituto antes que ele se tornasse Lei. Restou confirmado, durante décadas, que a pena em concreto seria legítima para retroagir, alcançando a pretensão punitiva do Estado, cujo poder-dever de punir deveria encontrar limites para salvaguardar os direitos fundamentais dos cidadãos.

Eis que nesse caminho de transformações e ampliação de garantias fundamentais, vemos reaparecer um antigo fundamento que associa o velho instituto do Direito Penal às questões de impunidade. Em outras palavras, a impunidade teria sua origem, principalmente, no reconhecimento e aplicação da prescrição. A simplificação atribuída a tal relação desprestigia o legislador, que, a propósito de acabar com a impunidade no país, motivo obviamente justo, elege justamente um direito do cidadão contra o poder quase absoluto do Estado, e impõe-lhe a culpa toda por uma situação tão complexa reinante no país.

A proposta do presente trabalho se apresenta exatamente quando se manifestam os rigores de um Direito Penal ainda mais repressivo, e à custa da supressão de um direito do cidadão frente ao Estado. Assim configurou-se a Lei 12.234/2010 que, não obstante tenha falhado na tentativa de excluir de vez a prescrição retroativa de nosso sistema penal, demonstrou a visão precipitada de nosso legislador infraconstitucional ao recepcionar o discurso da impunidade sem maiores reflexões. A voz popular que clama por justiça vê, sem dúvida, na aplicação da prescrição penal, o bode expiatório para a resolução do problema de criminalidade e violência no país. Ao contrário, justamente a imposição de prazos prescricionais para o exercício do *jus puniendi* e do *jus perseguendi* do Estado é que movimenta com mais celeridade e compromisso o procedimento criminal. Ter o direito de punir para sempre não implica punir efetivamente, sempre e de forma mais

eficiente. Por isso, há necessidade de constante reflexão acerca do instituto da prescrição retroativa, propondo necessários questionamentos sobre os fundamentos da nova Lei, que procurou justificar a extinção da prescrição retroativa pela situação de crescente impunidade no país.

Para o nosso propósito de estudo, iniciamos por uma breve consideração a respeito do direito de punir que cabe ao Estado, seu poder-dever de punir. Na sequência, tratamos dos fundamentos legais da prescrição genérica no Direito Penal brasileiro. Partimos, então, para a relação, já mencionada, entre prescrição e impunidade, momento no qual procuramos demonstrar os argumentos favoráveis e contrários. Nos capítulos seguintes, tratamos de buscar os fundamentos da prescrição penal, ainda que em linhas bem gerais. Fizemos ainda uma leitura da doutrina nacional, e destacamos os principais conceitos e considerações sobre o instituto.

Na parte mais específica do trabalho, realizamos inicialmente um breve relato da trajetória de discussões e argumentos de importantes autoridades no Direito Penal brasileiro, destacando principais diplomas legais em matéria penal e a forma como abordaram, e abordam atualmente, a prescrição retroativa. Rapidamente percorremos as questões atinentes à prescrição retroativa da pena presumida; mas, devido à grande polêmica que cerca o tema, nosso compromisso foi demonstrar os prós e contras. Enfim, propusemos a análise da Lei 12.234/2010, construindo devidas críticas, e evidenciando a frustração de seu propósito, a saber, o fim da prescrição retroativa no Direito Penal brasileiro.

Como tema polêmico que é, a controvérsia sobre a prescrição retroativa da pretensão punitiva do Estado não encontra conclusão neste trabalho. Nem esse foi nosso propósito, por ingênuo que seria. Todavia, a discussão científica não pode se apartar de propor dúvidas e dar respostas, ainda que temporárias e não definitivas. Portanto, esperamos fomentar o debate de maneira salutar, a fim de construir novas possibilidades de interpretação para compreender melhor a complexidade que envolve o instituto da prescrição.

## 2. PODER-DEVER DE PUNIR DO ESTADO

As formas de punição exercidas sobre os homens ao longo da história revelaram diferentes relações de poder, organizadas hierarquicamente, que ora justificavam práticas punitivas violentas, ora estabeleciam limites reguladores para a sua execução. Nem sempre as penas puderam ser comedidas por princípios humanitários que pretendiam resguardar direitos fundamentais dos cidadãos, reduzindo a atuação do poder soberano ao punir, mesmo porque não existiam à época tais preocupações.

Houve um tempo em que a punição conotava vingança particular e, por isso, permitia-se que as práticas mais violentas fossem aplicadas, principalmente pelo seu caráter exemplar, na tentativa de coibição dos delitos, sem que houvesse preocupação declarada em legitimar os suplícios. Pertencia ao soberano o direito sobre a vida e a morte de seus súditos, bem como o estabelecimento das penas aos infratores.

Dos suplícios à constituição do legítimo direito de punir, que nasce com o Estado, nota-se a transformação das penas desde a sua aplicação no corpo, como medida exemplar, até o aprisionamento das almas, com a retirada da liberdade do indivíduo encarcerado. Nessa linha de transformações, e pelo menos no âmbito legal, vemos diminuir o aspecto da violência corporal, enquanto percebemos crescer o disciplinamento e a legitimação das punições.

As propostas reformadoras do final do século XVIII denunciaram essas práticas e ajudaram a construir o monopólio da força punitiva aliada à figura recém formada do Estado. Nascera nesse momento o *jus puniendi*, direito exclusivo do Estado, que passará a monopolizar o poder-dever de punir. Nessa perspectiva, Michel FOUCAULT<sup>1</sup> identifica a mudança da justiça criminal a partir dos reformadores do século XVIII: “É preciso que a justiça criminal puna em vez de se vingar”. Desta mudança, decorreria o “exercício legítimo do poder”, que afastaria,

---

<sup>1</sup> (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, 26ª ed., Petrópolis: Ed. Vozes, 2002, p.63 e 64). Os reformadores do século XVIII, segundo FOUCAULT seriam: Beccaria, Servan, Dupaty ou Lacrosette, Duport, Pastoret, Target, Bergasse; os redatores dos *Cahiers* e os Constituintes.

segundo o autor, o perigo da revolta popular diante de um poder tirano que pune por vingança.

O Estado, tomando para si o poder de punir de forma legítima, afastando a figura da vingança privada, reconhece limites para exercer o *jus puniendi*, garantindo aos cidadãos proteção diante da atuação de terceiros e da força coercitiva estatal. Grande parte das reformas procurava afastar da figura do soberano o poder ilimitado de punir que castigava com severidade e crueldade, (pelo menos aos olhos dos reformadores), substituindo-lhe por uma “economia política do poder de punir” que, segundo Michel FOUCAULT, distribuía melhor esse poder, em diversas instâncias legitimadas, a fim de “inserir mais profundamente no corpo social o poder (legítimo) de punir”<sup>2</sup>.

A punição é naturalizada e surge como consequência natural do crime, o que apaga o “efeito arbitrário de um poder humano”<sup>3</sup>. Essa a sua eficiência enquanto discurso da justiça, da paz e da ordem. Punir passa a ser um dever do Estado, desde que preservadas as linhas que demarcam os direitos do cidadão.

Obviamente não é imparcial o julgamento que fazemos da história das punições quando partimos dos pressupostos de justiça e direitos humanos que hoje fundamentam nossa percepção sobre o exercício legítimo do poder de punir. Restanos, sim, reconhecer que cada época constrói discursos legitimadores e ideologias fundantes de todas as formas de agir e produzir conhecimento. E, a partir dessa constatação, entender o funcionamento do poder punitivo e não aceitar o retorno das práticas cruéis no contexto garantista atual, mesmo porque já não há mais lugar ideológico que aceite e legitime em nosso Ordenamento Jurídico tais imposições cruéis e degradantes à dignidade da pessoa, embora tenhamos que assistir com frequência a demonstrações constantes de uma repressão violenta e injustificada.

No contexto do Estado de Direito, instala-se o poder-dever de punir, e não uma mera “faculdade de punir” que estaria à disposição da justiça criminal quando conveniente. Realizada a infração penal, o *jus puniendi* em abstrato passa a uma “relação real, de natureza jurídico-penal, entre o Estado e o sujeito ativo do crime”,

---

<sup>2</sup> FOUCAULT, Op. cit., 2002, p.70.

<sup>3</sup> Idem, p. 87.

em outras palavras, o *jus puniendi* em concreto, do qual decorre a sanção penal cabível<sup>4</sup>.

Em contrapartida, conforme Cezar Roberto BITENCOURT<sup>5</sup>, “a onipotência jurídico-penal do Estado deve contar, necessariamente, com freios ou limites que guardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão.” A existência de princípios limitadores do poder punitivo do Estado denota grande importância no balizamento dessa repressão legal, indicando a medida de atuação estatal. Portanto, o Estado não poderá se afastar de punir, mas deve fazê-lo respeitando os princípios constitucionais e os direitos humanos.

Hoje nos parece inquestionável a necessidade dessa limitação do poder-dever de punir estatal, vez que há previsões legais para o seu exercício. Entretanto, a realidade atual nos faz questionar o fim das práticas violentas, muitas vezes camufladas pelo sistema penal, e repensar a legitimidade e a equidade desse sistema ao punir infrações, bem como ao selecionar os bens jurídicos merecedores de proteção estatal<sup>6</sup>. Vale destacar que o poder repressivo estatal deveria encontrar legitimação justamente quando atua com respeito aos direitos fundamentais e aos princípios tão caros ao Estado Democrático. Ao contrário, e infelizmente, a violência parece ter assumido outras formas de realização, algumas das quais legitimadas muitas vezes pela própria sociedade, numa retomada da figura funesta da vingança particular.

Não é intento desse trabalho tratar exaustivamente o tema do direito de punir do Estado, seu poder-dever de punir, nem mesmo trazer à discussão a função declarada ou real do Direito Penal. Cabe-nos apenas apontar que o direito de punir nasce legítimo juntamente com o Estado; e dessa legitimidade decorre também a defesa do cidadão em face do poder-dever de punir do Estado, que não poderá ser exercido fora dos limites previstos em nosso sistema jurídico.

---

<sup>4</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. *Prescrição Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.2.

<sup>5</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte geral, vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 09.

<sup>6</sup> Juarez CIRINO DOS SANTOS (*Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. ICPC; Lumen Juris, 2007) em comentário ao autor Alessandro BARATTA, menciona a seletividade do sistema penal ao proteger preferencialmente bens jurídicos dos grupos sociais hegemônicos; dessa forma, haveria uma pré-seleção dos sujeitos marginalizados do mercado de trabalho, ou seja, os não produtivos, que são destruídos e eliminados do sistema, seja pela violência estrutural, que atua pela segregação e estigmatização, seja pela violência institucional, realidade cruel dos centros de detenção no país. Por isso, parece questionável afirmar que a violência deixou de vez de interferir como forma de punição.

O propósito é compreender a prescrição (mais exatamente a prescrição retroativa) como uma das garantias do cidadão frente a uma força punitiva poderosa do Estado, e questionar as teorias que a definem como prática da impunidade ou da imoralidade ou mau exemplo. Pelo menos em tese, a função do sistema penal existe justamente para proteger o cidadão do poder desproporcional que detém o Estado, limitando a atuação sobre a vida do cidadão, com base nos direitos humanos e os valores eleitos a partir da vida em sociedade.

O instituto da prescrição configura-se exatamente como uma causa extintiva da punibilidade, e faz desaparecer para o Estado a pretensão punitiva e/ou executória, já que este agiu com morosidade ao perseguir o autor de um crime; assim, o cidadão não deve permanecer à mercê do poder estatal por tempo indeterminado, estando à disposição de forma incondicional.

## 2.1. PRESCRIÇÃO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da Legalidade garante ao Estado a exclusividade na função de elaborar normas incriminadoras, bem como a limitação ao seu poder punitivo. Consagra a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXIX, que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Nestes termos, tem-se que a intervenção estatal encontra limites de atuação e de legitimidade na Lei, como não poderia deixar de ser.

Considera Juarez CIRINO DOS SANTOS<sup>7</sup> o referido princípio “o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito”, exatamente por proibir que a lei retroaja a fato anterior e que o *costume* ou *analogia* possam ser utilizados para criminalizar condutas; ou ainda, proíbe “a *indeterminação* dos tipos legais e das sanções penais”. O princípio que hoje é pacificado na maioria dos ordenamentos jurídicos dos Estados, descrito principalmente pela fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege*, teve no passado um longo percurso de reconhecimento, até que se estabelecesse como matéria

---

<sup>7</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. ICPC; Lumen Juris, 2007, p. 20.

incontroversa, inclusive sendo usado como “fachada formal”, nos termos de Cezar Roberto BITENCOURT<sup>8</sup>.

Segundo o ensinamento do professor Nilo BATISTA<sup>9</sup>, o princípio da legalidade oscila entre a garantia que tem o indivíduo frente ao poder estatal e, ao mesmo tempo, entre os limites “deste mesmo poder como espaço exclusivo da coerção estatal”. É, portanto, o princípio que garante no Direito Penal a segurança jurídica e a previsibilidade da intervenção do *jus puniendi* do Estado na esfera jurídica dos sujeitos.

Nesse aspecto, configura-se a prescrição como um instituto de proteção que instaura justamente esta segurança jurídica, afastando de nosso ordenamento a imprevisibilidade e a sujeição ilimitada dos cidadãos ao poder de punir estatal, vez que a todos caberá a ciência sobre a atuação interventiva do Estado em relação ao tempo.

A previsão legal da extinção da punibilidade pela prescrição encontra-se descrita no art. 107, IV do Código Penal de 1940:

*Art. 107. Extingue-se a punibilidade:*  
(...)  
IV – pela **prescrição**, *decadência ou perempção;*  
(grifamos)

Já a Constituição Federal de 1988 previu os casos em que a prescrição não afetaria a pretensão punitiva do Estado. Preferiu o constituinte destacar os crimes imprescritíveis<sup>10</sup> e, dessa forma, estabelecer a exceção, ao invés de fornecer a regra geral da prescrição, o que coube, devidamente, à Legislação Penal. Ao assinalar os crimes imprescritíveis, tratando-os com diferença e ênfase, pressupõe-se, a partir da leitura do texto constitucional, que a Constituição Federal reconhece a regra da prescrição referente aos demais delitos.

Vejamos o texto constitucional:

---

<sup>8</sup> BITENCOURT, Op. cit., 2008, p. 09.

<sup>9</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007, p. 65 e 67.

<sup>10</sup> Damásio de Jesus admite que o tema da imprescritibilidade é discutível, mas diante da natureza de mandamento constitucional, não há como desobedecê-lo. (JESUS, Damásio Evangelista de. *Prescrição Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.25.)

Art. 5º (...)

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;

(grifos nossos)

A intervenção do Estado nos direitos fundamentais da pessoa é permitida quando há desequilíbrio da ordem social ao se ofender um bem jurídico protegido, momento no qual se permite uma atuação coercitiva estatal, desde que haja para tanto previsão legal. Entendemos como mais importante destacar a prescrição como direito de todo cidadão de não ver sua esfera de direitos fundamentais agredida abusivamente pelo poder ilimitado de punir. Antes de enxergar a prescrição apenas como limitação para um poder-dever, pensemos nela também como num direito que garante a não perseguição eterna de alguém pelo poder punitivo estatal.

Dessa forma, diante do reconhecimento do Princípio da Legalidade, abusiva é a intervenção estatal que assuma contornos de violação de direitos quando da aplicação da sanção penal. Ainda que amparado pela legitimidade de sua atuação, ao poder punitivo estatal prevê a lei contenções necessárias para evitar que os excessos nas formas de punir agredam de maneira arbitrária os direitos fundamentais do indivíduo.

Este limite já consta de nossa Legislação Penal e, principalmente, de nossa Lei Maior no que diz respeito à prescrição penal. Fato é que não raramente tem-se confundido prescrição com impunidade. No entanto, parte significativa da doutrina constrói argumentos que afastam esta relação direta; não obstante, o uso que se faz da prescrição pode assumir caráter desviante, desqualificando este instituto e desvirtuando-o de sua verdadeira finalidade. A morosidade da justiça estatal é, por vezes, utilizada de má-fé para afastar a punição ao acusado. Não devem ser punidos, pois, com a imprescritibilidade, uns pelos abusos de outros.

## 2.2 PRESCRIÇÃO E IMPUNIDADE

Parece-nos justificada a existência da prescrição penal nos casos de inércia do Estado e decurso temporal, mesmo porque assim prevê nosso Ordenamento

Jurídico. Grande parte dos doutrinadores e dos Códigos consagra esse instituto. No entanto, há posições distintas na doutrina quanto ao tema. Embora a maioria dos penalistas admita o instituto da prescrição, Antonio Rodrigues PORTO<sup>11</sup>, elenca alguns autores que consideram impunidade a não aplicação da pena devida ao agente, mesmo já transcorrendo um prazo excessivo sem que tenha havido manifestação do Estado.

Segundo Antonio Rodrigues PORTO, Jeremy BENTHAM, Cesare BECCARIA e HENCKEL fazem parte da lista dos que não admitiam a prescrição da pretensão punitiva, nem a prescrição da pretensão executória, justamente por acreditarem que “deixar de aplicar a pena, simplesmente por efeito do decurso do tempo, seria a consagração da impunidade, encorajando criminosos à prática de novos crimes. Seria, ainda, um insulto à justiça e à moral”<sup>12</sup>.

Contudo, vale resgatar, nas palavras do próprio Cesare BECCARIA<sup>13</sup>, a previsão da prescrição, admitida pelo autor, embora com exceções:

Quando se trata de crimes horrendos, cuja lembrança perdura por muito tempo na memória dos homens, se os mesmos forem provados, não deve ocorrer qualquer prescrição em favor do culpado que se subtrai ao castigo pela fuga. Tal não é, contudo, o caso dos crimes ignorados e pouco importantes: **é necessário determinar um prazo após o qual o criminoso, bastante punido pelo exílio voluntário, possa retornar sem temer novos castigos.** (grifos nossos)

Cesare BECCARIA reconhece a prescrição nos casos em que a ofensa à sociedade não se considera grave, enquanto recusa-se a aceitar que para os crimes “horrendos” possa ocorrer o esquecimento da comunidade. Mas, em seguida, ao estabelecer uma divisão entre crimes (“horrendos” e “menos hediondos do que o homicídio”) admite e diferencia os prazos prescricionais, sem negá-los. Em outras palavras, o autor associa, sim, a prescrição à impunidade quando não previstos os prazos adequados; entretanto, não deixa de reconhecê-la como limite protetivo contra o poder do Estado.

Atualmente parece inquestionável na Lei, na jurisprudência e na doutrina o reconhecimento da prescrição. Verifiquemos, portanto, os conceitos e argumentos sobre prescrição.

<sup>11</sup> PORTO, Antônio Rodrigues. *Da Prescrição Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

<sup>12</sup> PORTO, op. cit., 1988, p. 13.

<sup>13</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2006, p.43 e 44.

Destacamos os argumentos de J. C. AZEVEDO MARQUES para quem não se pode considerar a incidência da prescrição como um prêmio para o réu. O interesse público deve nortear a conveniência dos prazos prescricionais. Não é pelo interesse particular que atua o Estado, mas em nome do interesse público. Vejamos:

"a prescrição é instituto de política criminal criado não no interesse imediato do réu ou condenado, mas no interesse público. No crime, a prescrição é um modo de extinção do poder punitivo do Estado, e não um modo de aquisição de um direito por parte do beneficiado"<sup>14</sup>.

Sob esta perspectiva, o instituto da prescrição não se propõe como um benefício ao réu, um facilitador da impunidade ao impedir o Estado de perseguir o criminoso. Parece-nos mais adequado, pela leitura do art. 5<sup>a</sup>, inciso LXXVIII da Constituição Federal, ser o limite temporal um direito do cidadão, mas jamais um prêmio ao agente supostamente criminoso. Pouco aconselhável seria tratar dos direitos fundamentais individuais como simples benefício do réu.

Entendamos melhor recuperando a letra da nossa Lei Maior, que estabelece, no Capítulo I, dos direitos e deveres individuais e coletivos, o seguinte direito fundamental:

Art. 5º (...)

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Destacamos ainda da leitura de J. C. AZEVEDO MARQUES a noção de prescrição como tema de política criminal. Para melhor ilustrar, vale a definição que Eugenio ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI<sup>15</sup> constroem para o que seja política criminal: “é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.”

Mais que um direito do cidadão, e longe de ser benefício ao acusado, é a racionalidade das decisões políticas que estabelece as formas de atuação do Estado em matéria criminal, elegendo condutas e valores, bens jurídicos tutelados e meios de punição; tudo isso pensado a partir da concretude e viabilidade de um sistema

---

<sup>14</sup> MARQUES, J. C. Azevedo. *Prescrição Penal*. São Paulo: RT, 1943.

<sup>15</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro V.1*. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 116.

específico. De nada adianta propor legalmente formas drásticas de repressão se a sua aplicação fática é inviável e não pode ser absorvida pela jurisdição. Bem por isso, Edgard MAGALHÃES NORONHA entende que, apesar de a prescrição penal receber críticas, “não procedem, pois ela não atende só ao interesse do acusado como também aos interesses de caráter público”.<sup>16</sup>

Não se pode falar em impunidade, por exemplo, quando a justiça criminal não condena um acusado porque prescreveu para o Estado o *jus puniendi*. A resposta jurisdicional é dada ao se condenar ou ao se absolver o acusado, bem como com o reconhecimento de que o prazo legal para submissão do suspeito à investigação processual já foi absorvido pelo decurso do tempo. Associar a impunidade à incidência da prescrição não parece possível; antes, ela encontra relação com a inércia do Estado para agir em tempo previsto em lei.

A morosidade do Judiciário, quando excessiva, não pode manter um cidadão por tempo indeterminado sob suspeita, sem dar a ele uma resposta devida. Encontrar-se sob ininterrupta investigação policial é condição que fere os direitos fundamentais dos indivíduos. Ademais, dá-se a prescrição pela própria inércia, ou inaptidão do Estado ao exercer o seu *jus puniendi*. Decorre deste fato, portanto, o fundamento maior da prescrição, qual seja, não poder haver processo que dure eternamente, mesmo porque – e esse nos parece o argumento mais incisivo – há previsão legal de prazos prescricionais.

Apropriadas são as observações de Edgard MAGALHÃES NORONHA<sup>17</sup> ao discorrer sobre o abuso de poder ao se estender ilimitadamente a dúvida do Estado sobre o suposto agente criminoso:

...não se pode admitir que alguém fique eternamente sob ameaça da ação penal, ou sujeito indefinidamente aos seus efeitos, antes de ser proferida a sentença, ou reconhecida sua culpa (em sentido amplo). Seria o vexame sem fim, a situação interminável de suspeita contra o imputado, acarretando-lhe males e prejuízos, quando, entretanto, a justiça ainda não se pronunciou em definitivo, acrescentando-se, como já se falou, que o pronunciamento tardio longe estará, em regra, de corresponder à verdade do fato e ao ideal de justiça.

Seria, pois, a pena uma forma de vingança, que assumiria caráter negativo, quando deveria configurar segurança e proteção aos bens jurídicos mais caros à

---

<sup>16</sup> NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. V.1, 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 358.

<sup>17</sup> NORONHA, Op. cit., 1998, p. 360.

sociedade. A realidade de nosso sistema prisional e processual, por certo, não permitiria estender infinitamente os processos quando não há estrutura suficiente para a resolução adequada dos conflitos. O tempo funciona como um critério de preferência, que se dá indiretamente pela gravidade do fato, – já que crimes mais gravosos têm prazo prescricional maior – mas, principalmente, pela ineficiência estatal ao exercer o *persecutio criminis*. O interesse público, pois, perde sua razão de ser. Se inviável a efetivação de determinada tutela, abrangente o suficiente para alcançar crimes ocorridos num passado muito remoto, não há que se falar num sistema sem prescrição.

Seguindo nesta mesma lógica de justificação do instituto que ora apreciamos, acrescentamos o argumento daqueles que acreditam ser a prescrição uma “importante – senão a única efetiva – causa propulsora da movimentação processual”<sup>18</sup>. Diante desta lamentável afirmação, nada cômodo é reconhecê-la provável. Nessa perspectiva, um sistema penal que não admitisse a prescrição, veria transcorrer os processos com morosidade, sem prazos definidos, o que nos parece um ambiente ainda mais acolhedor às injustiças e a impunidade. Nesse sentido, bem pondera Roberto DELMANTO JUNIOR, citado por Leônidas Ribeiro SCHOLZ<sup>19</sup>, ao reforçar o importante papel da prescrição para promover movimentação processual:

O instituto da prescrição, (...) possui a correlata **função de impor celeridade à atuação do Poder Judiciário**. Para tanto, basta lembrar a corriqueira preocupação dos juízes, ao conduzirem a instrução e proferirem suas sentenças, em não deixar escoar o prazo prescricional, sem restringir, evidentemente, os direitos da defesa. (grifamos)

Tais posturas doutrinárias não consideram qualquer possibilidade de associar o instituto da prescrição penal à figura indesejável da impunidade. Sabemos o papel negativo que a imprensa exerce ao propalar a equivocada idéia da impunidade gerada pela prescrição penal. Fato é que o Estado, mostrando-se inapto para julgar e punir dentro de prazos legalmente previstos, não encontra fundamentos jurídicos

<sup>18</sup> BOLETIM IBCCRIM – ANO 15 – Nº 183 – FEVEREIRO – 2008 (PRESCRIÇÃO: ALTERAÇÃO TRAZIDA PELA LEI Nº 11.596/2007 – Robson Antônio Galvão da Silva e Daniel Laufer)

<sup>19</sup> O livro de Roberto DELMANTO JUNIOR, *Inatividade no Processo Penal Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004 é citado por SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. *Extinção da Prescrição Retroativa Anterior ao Recebimento da Denúncia*. Boletim IBCCRIM – Ano 18 – nº 211 – JUNHO/2010, p. 10.

nem sociais que justifiquem tomar para si poder absurdamente grande a ponto de perseguir por tempo indeterminado um cidadão.

Neste ponto, cabe o ensinamento de Aníbal BRUNO<sup>20</sup>, para quem a prescrição penal é "ação extintiva da punibilidade que exerce o decurso do tempo, **quando inerte o poder público na repressão do crime**". (grifo nosso) Por isso mesmo, verificamos o posicionamento de vários doutrinadores no sentido de justificar o instituto da prescrição pelo decurso do tempo que promove o esquecimento, pelo desinteresse estatal em punir e, por vezes, pela correção moral do agente. Com o decurso do tempo, parecem desaparecer os propósitos e a legitimidade do poder estatal para punir. É o que veremos adiante.

---

<sup>20</sup> BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Vol. III. 4.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 209.

### 3. PRESCRIÇÃO PENAL E SEUS FUNDAMENTOS

Na mesma linha de argumentação desenvolvida até aqui, Antonio Rodrigues PORTO conclui, em seu capítulo Fundamento da Prescrição, “que esse modo de extinção da punibilidade (a prescrição) é criação da Política Criminal...”<sup>21</sup>. Segundo o autor, deve-se a isso a instabilidade das razões que procuram fundamentar a prescrição, uma vez que as escolhas políticas, por serem muitas vezes contingentes e urgentes, careceriam de ponderação. Francesco CARRARA (apud PORTO) diz ser a prescrição penal um modo político da extinção da ação.

Diante de discussão tão frutífera, e sendo este o objeto de nossa investigação, passemos a avaliar os fundamentos da prescrição, apontados por Antonio Rodrigues PORTO, com base em estudos de autores como Vincenzo MANZINI, Francesco CARRARA, Franz Von LISZT, Pellegrino ROSSI, THOMAZIUS, J. J. HAUS, René GARRAUD, entre outros que indicaremos oportunamente.

Grande parte da doutrina apresenta coincidências ao construir justificativas para a prescrição no Direito Penal. Um tema de relevância, levantado pela maioria da doutrina, refere-se ao esquecimento. Antonio Rodrigues PORTO elenca vários autores<sup>22</sup> que entendem o esquecimento como justificção devida a esse instituto. Inclusive, afirma o autor que, para as teorias relativas e mistas ou ecléticas, não há tanta rejeição ao instituto da prescrição, pois tais teorias compreenderiam não ser a intimidação geral a principal função da pena. Nesse sentido, Franz Von LISZT, Francesco CARRARA e Pellegrino ROSSI.

Entretanto, há diversos posicionamentos diferentes, assumidos pelos doutrinadores que não aceitam pacificamente que o fator cronológico apenas possa configurar o fundamento da prescrição. Assim, além da fluência do tempo, outros deveriam ser os fatores determinantes, para que o interesse em punir do Estado

---

<sup>21</sup> PORTO, Op. cit., 1988, p. 20.

<sup>22</sup> Idem, p. 15. PORTO cita alguns autores como Villeret, Lucchini, Luigi D' Antonio, Girolamo Penso, Ortolan e Manzini.

pudesse ser afastado. Vale reafirmarmos o vínculo entre as concepções da função da pena<sup>23</sup> e os fundamentos cabíveis para a prescrição.

Vejamos algumas destas relações.

Primeiramente, pelo desaparecimento do alarma social. Quando o delito não é mais capaz de provocar indignação moral na sociedade, porque não mais lembrado como uma ameaça à ordem pública, perde a pena uma de suas funções declaradas, a saber, a manutenção da paz social. Entretanto, há posições contrárias que afirmam não desaparecer as “razões de defesa social” pelo frágil critério cronológico<sup>24</sup>.

Lembra-nos Vincenzo MANZINI (apud. PORTO) “que a prescrição é ‘fato jurídico’ dado a um fato natural (o decurso do tempo)” e que o esquecimento dado pelo tempo é fenômeno reconhecido na sociedade. Além disso, o poder-dever de punir justifica-se pela necessidade do exemplo. Quando desaparece a necessidade de punir devido ao esquecimento, não se justificaria mais a persecução do criminoso. Assim, o efeito exemplar da pena não mais existirá.

Autores como J. J. HAUS, Francesco CARRARA E René GARRAUD, citados por Antonio Rodrigues PORTO, ainda consideram que, dado um lapso temporal muito extenso, a reação social em relação ao delinqüente poderá confundir-se com piedade. Nesse contexto, a aplicação da pena seria prejudicial, inclusive à própria legitimação do poder de punir do Estado, ao ser considerado desproporcional.

Essa tese, em primeira leitura, pode parecer provável. Entretanto, o que vimos assistindo na imprensa em geral diverge desta concepção de sociedade tolerante. Diariamente os noticiários divulgam com grande ênfase o clamor de uma sociedade indignada com a impunidade supostamente provocada pela incidência da

---

<sup>23</sup> Trata-se da função de prevenção geral negativa e positiva, bem como a função de prevenção especial negativa e positiva. Na prevenção geral negativa, o Estado pretende desestimular a prática de crimes pela ameaça da pena, enquanto na prevenção positiva é preciso que se construa a “confiança na ordem jurídica” e o reforço da “fidelidade jurídica do povo”( ROXIN, apud Juarez CIRINO DOS SANTOS, 2007, p. 462). Já o programa de prevenção especial ocorreria pela neutralização do criminoso (aspecto negativo da prevenção especial) e também pela correção ou ressocialização do criminoso (aspecto positivo da prevenção especial). Críticas não faltaram às funções da pena, principalmente quando se funda na “ineficácia corretiva” e nos “efeitos nocivos da pena privativa de liberdade”. (CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. ICPC; Lumen Juris, 2007, p.460).

<sup>24</sup> Nessa linha, Eusébio Gomez (apud. PORTO, Op. cit.1988, p. 14) aponta o pensamento positivista mais radical verificado na *Relazione* do projeto italiano de 1921.

norma de prescrição<sup>25</sup>. O perigo está justamente em se substituir a preocupação legítima em manter a segurança jurídica por uma situação de vingança particular e perpétua.

Prova disso encontramos nas constantes leis criadas de forma contingente apenas para acalmar o dito clamor social propalado por uma “justiça” baseada na retribuição. Muitas destas leis provam-se, com o tempo, equivocadas, pois que acabam gerando mais violência<sup>26</sup>. Crimes graves do passado, como, por exemplo, o genocídio da Segunda Grande Guerra, jamais serão esquecidos; entretanto, isso não implica no direito de punir os culpados a qualquer tempo, pois já não há qualquer motivo de prevenção ou segurança jurídica que fundamente essa perseguição.

Por certo, o argumento do esquecimento vincula-se a outros, como a necessidade de exemplo, de que já falamos, bem como ao da correção do delinqüente. É, sem dúvida, o decurso do tempo o primeiro fator a propiciar possível recuperação e ressocialização daquele que cometeu um delito. Assim é que declara Edgard MAGALHÃES NORONHA<sup>27</sup>, sobre a recuperação do delinqüente:

Em se tratando de condenação, força é convir que o longo lapso de tempo decorrido, sem que o réu haja praticado outro delito, está a indicar que, por si mesmo, ele foi capaz de alcançar o fim que a pena tem em vista, que é o de sua readaptação ou reajustamento social.

Importante é observar que a reincidência prova a incapacidade de o condenado, com o decurso do tempo, regenerar-se por si só. Nesse caso, prevê o Código Penal, em seu art. 117, inciso VI, que a “prescrição da pretensão executória” será interrompida pela reincidência.

Coloca-se, entretanto, outra problemática levantada pela doutrina no que concerne ao verdadeiro fato natural sobre o qual incide a norma jurídica da prescrição. Se defendemos que o decurso do tempo não é suficiente para configurar o instituto da prescrição, não teríamos, então, outro instituto configurado? Assim

---

<sup>25</sup> Caso exemplar é o do ex-juiz Nicolau dos Santos Neto.

<sup>26</sup> Não é nosso propósito investigar o papel da mídia na formação de ideologias hegemônicas, de uma sociedade homogênea que pede por mais repressão. No entanto, negar não podemos que os casos referentes à prescrição sofrem verdadeira execração midiática, o que deturpa este instituto ao associá-lo à impunidade. E é justamente neste contexto que, muitas vezes, leis são criadas pelo legislativo.

<sup>27</sup> NORONHA, Op. cit., 1998, p. 360.

concebe Girolamo PENSO, referenciado por Antonio Rodrigues PORTO<sup>28</sup>, para quem a essência da prescrição sofreria alteração se houvesse o acréscimo de outro elemento – a emenda do culpado, por exemplo – além do decurso do tempo e do não exercício do poder punitivo do Estado. Estaríamos, pois, diante de “uma espécie de perdão” e não mais da prescrição, segundo o autor.

Já para o pensamento da escola positiva<sup>29</sup>, a prescrição deveria conter um fundamento a mais, além do decurso do tempo: a real correção do condenado, com o desaparecimento de sua periculosidade. Não é por outro motivo que os seguidores dessa escola acreditavam em um modelo de prescrição que se baseasse também no merecimento do indivíduo, não reincidente e não perigoso.

Ora, outros momentos processuais há em que se investiga e se avalia a conduta social do agente, atribuindo-lhe o juiz o devido peso valorativo ao seu comportamento negativo/positivo. Exemplificamos com a norma do art. 59 do Código Penal, ou ainda a norma do art.117, inciso VI, do mesmo diploma legal<sup>30</sup>.

Antonio Rodrigues PORTO ainda enumera o que seriam outros dois fundamentos jurídicos da prescrição: a expiação moral e a teoria psicológica.

Na expiação moral, “presume-se que o culpado, num certo lapso de tempo, expiou suficientemente a culpa com as angústias que sofreu e com os remorsos que o assaltaram”<sup>31</sup>. Desta concepção, comungam autores como LE SELLYER, FAUSTIN HÉLIE, BOITARD, MONTAIGNE e COUSTURIER. Doutrina contrária defende não ser o sofrimento uma pena rigorosa o suficiente se comparado à pena da lei. Além disso, a pena não apresenta apenas um caráter aflitivo; portanto, o remorso e as angústias sofridos na expiação moral não bastariam para justificar a prescrição penal. Nesse sentido, compreendem Vincenzo MANZINI e VILLERET.

---

<sup>28</sup> PORTO, Op. cit., 1988.

<sup>29</sup> Para BITENCOURT (Op. cit., 2008, p.55), a Escola Positiva, cujos representantes foram Lombroso, Ferri e Garofalo, tratou o delito e o delinqüente como patologias sociais, afastando a necessidade de se considerar as condutas morais para avaliação da responsabilidade penal. Em última análise, para esses estudiosos, importava verificar a personalidade do réu, sua periculosidade e sua readaptação ao meio que deveriam condicionar a pena. Os interesses sociais eram mais importantes que os individuais. Por isso a visão mais enfaticamente contrária à prescrição.

<sup>30</sup> O art. 59 do CP trata das circunstâncias judiciais que devem ser observadas pelo juiz para o cálculo da pena em concreto. Trata-se da primeira etapa, quando é fixada a pena-base. Já o art. 117, VI, indica a reincidência como causa interruptiva da prescrição. Ou seja, previsão legal já existe para afastar a incidência da prescrição caso não tenha havido recuperação do agente.

<sup>31</sup> PORTO, Op. cit., 1988, p. 17.

Aqui, estamos diante novamente da configuração da pena com caráter de vingança que, como sabemos, não encontra mais fundamento em nosso ordenamento jurídico.

Vale ainda destacar que para J. J. HAUS e Adolphe PRINS, conforme cita Antonio Rodrigues PORTO, a expiação moral dada pelo remorso e angústia do criminoso seria fundamento mais apropriado para caracterizar a graça, como hipótese de exclusão da punibilidade, e não a prescrição penal, o que afastaria esse argumento como caracterizador do instituto da prescrição penal.

Por sua vez, a teoria psicológica justifica a prescrição penal através da mudança psíquica do agente, reconhecendo que o passar do tempo traz, ao momento presente, um “outro indivíduo”, não mais aquele que cometera o fato criminoso. Em consonância, destacamos as palavras de Eugenio ZAFFARONI E José Henrique PIARANGELI<sup>32</sup>, apoiados em SCHULZ:

Na nossa maneira de ver – e de conformidade com a teoria da prevenção especial, pela qual nos inclinamos –, cremos que a razão fundamental da prescrição está em “não ser o homem que está diante do tribunal aquele que praticou o delito” (SCHULTZ), como também não é o mesmo homem condenado aquele que está frente ao órgão de execução. *Se a ressocialização se produz por si só, sem a intervenção da coerção penal, o cárcere fica sem sentido.*

Todavia, há os que refutam essa teoria alegando, como G.TARDE e René GARRAUD (apud. PORTO<sup>33</sup>), que o tempo não deixaria de agir também sobre o condenado que cumpre a pena, e nem por isso seria ele libertado. No entanto, entendemos que esse benefício aparece contemplado na progressão de regime, nos termos da Lei de Execução Penal, como requisito subjetivo, quando o réu apresenta bom comportamento durante determinado tempo de cumprimento de pena. Também o sujeito condenado tem a garantia de ver reconhecida e valorizada a melhora de seu comportamento.

Obviamente seria ingenuidade apostar que o simples decurso do tempo transformaria, sempre e sem exceção, a consciência do acusado; os critérios de ordem subjetiva, por exemplo, a emenda do criminoso, sua mudança interior, ou a expiação moral, partem de uma presunção que pode nos parecer frágil. No entanto,

---

<sup>32</sup> ZAFFARONI e PIARANGELI, Op. cit., 2006, p. 645.

<sup>33</sup> PORTO, Op. cit., 1988, p. 19.

mais equivocado seria não reconhecer que o lapso temporal relativamente grande pode trazer consigo transformações subjetivas a qualquer indivíduo. Afora isso, nosso ordenamento jurídico não impõe o aperfeiçoamento moral como requisito de admissibilidade para que a norma que descreve a prescrição penal possa incidir. Basta que se identifique o decurso do tempo e a falta de movimentação do Estado ao não exercer, em tempo legalmente previsto, o direito de punir, do qual ele é titular, e já identificamos configurada a prescrição penal<sup>34</sup>.

Há ainda autores como THOMAZIUS (apud PORTO<sup>35</sup>) a defender que com a fluência do tempo vemos enfraquecer o suporte probatório. Dispersão de provas, portanto, que fundamentaria apenas a prescrição da ação. Numa primeira análise, a tese parece simpática àqueles que crêem que períodos muito longos seriam capazes de apagar provas de um crime. No entanto, nem todas as provas se deixam consumir pelo tempo, nem todos os prazos prescricionais são tão longos a ponto de apagar por definitivo lastros de um fato criminoso. Neste sentido, concordam COUSTURIER e J. J. HAUS, segundo Antonio Rodrigues PORTO. Também Eugenio ZAFFARONI e José Henrique PIERANGELI<sup>36</sup> reconhecem inúteis as teorias que buscam o fundamento processual da difícil produção de provas pelo decurso do tempo, vez que acreditam, considerada a teoria da prevenção especial da pena, ser o tempo capaz de recuperar e transformar o indivíduo.

Contrariamente o professor Juarez CIRINO DOS SANTOS reconhece que “o fundamento jurídico da *prescrição* reside na *difficuldade de prova* do fato imputado, ou na progressiva *dissolução da necessidade de pena* contra o autor...”<sup>37</sup>.

Fato é que, em nosso Ordenamento Jurídico, dado o decurso do tempo determinado pela Lei Penal, sem que reste manifestado o interesse estatal em punir o agente criminoso, extinguir-se-á a punibilidade, pois prescrição é causa impeditiva da *persecutio criminis*. Melhor entendimento apresenta-nos Damásio Evangelista de JESUS ao definir prescrição penal como sendo “a perda do poder-dever de punir do Estado pelo não-exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória durante

---

<sup>34</sup> Esta linha de raciocínio será adiante mais bem elaborada e fundamentada com base em autores do direito penal pátrio.

<sup>35</sup> PORTO, Op. cit., 1988, p.

<sup>36</sup> ZAFFARONI e PIARANGELI, Op. cit., 2006, p. 644 e 645.

<sup>37</sup> CIRINO DOS SANTOS, Op. cit., 2007, p. 677.

certo tempo.” E acrescenta o fundamento da “correção do condenado” ao “decorso do tempo” e à “negligência da autoridade”<sup>38</sup>.

Por ora, reafirmamos, como já apontávamos de início, que dependerá de decisões políticas a escolha dos fundamentos da prescrição penal. Oportuna a consideração de Antonio Rodrigues PORTO<sup>39</sup> sobre o tema:

O legislador regula a prescrição com maior rigorismo ou maior liberalidade, conforme a ética local e as necessidades da ordem jurídica, sem atender a qualquer fundamento filosófico, ou simplesmente jurídico, desse instituto. O legislador considera **oportuna** e de **boa política** a manutenção da prescrição penal, reservando-se, entretanto, a faculdade de regulamentá-la segundo as conveniências da coletividade a que se destina a lei.

Como compreender esta discricionariedade das decisões políticas em matéria penal? Virtude, já que se busca considerar a realidade material e adequar a lei às situações concretas do cotidiano? Ou instabilidade, pois poderá agir discricionariamente e legitimar posturas coletivas radicais que pedem por mais punição? Situação exata foi realizada recentemente, quando alterada a norma penal referente à prescrição retroativa, revogada pelo fundamento inapropriado da impunidade.

### 3.1. PRESCRIÇÃO NA DOUTRINA PENAL BRASILEIRA

A unanimidade da doutrina nacional considera a prescrição penal a partir de dois elementos jurídicos essenciais: a perda do direito de punir do Estado em decorrência do decurso do tempo. Não é sem motivo que o conceito de prescrição penal elaborado pela maioria dos penalistas traz em sua descrição esses dois fundamentos.

Assim, passemos a verificar a recorrência destes fundamentos a partir de José FREDERICO MARQUES<sup>40</sup>, para quem a prescrição “no direito penal, é a extinção do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo”. Também sucintas entendemos as palavras de Júlio Fabbrini MIRABETE<sup>41</sup>: “a prescrição, causa de

<sup>38</sup> DAMÁSIO DE JESUS, Op. cit., 2008, p. 17 e 19.

<sup>39</sup> PORTO, Op. cit., 1988, p. 20.

<sup>40</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 403.

<sup>41</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal. Parte Geral VI*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 424.

extinção de punibilidade, é a perda do direito de punir do Estado pelo decurso do tempo”; e de Heleno Cláudio FRAGOSO<sup>42</sup>, que define ser a prescrição “a perda de um direito pelo decurso do tempo sem que ele seja exercido”.

Para Damásio Evangelista de JESUS<sup>43</sup>, o conceito de prescrição define ainda a diferença entre as pretensões do Estado em matéria penal: “Prescrição penal é a perda do poder-dever de punir do Estado pelo não-exercício da pretensão punitiva ou da preensão executória durante certo tempo.” Como bem se observa, primam os autores pela síntese dos conceitos, resumindo-os a dois elementos essenciais.

Por outro lado, há autores que acrescentam juízo de valor à atitude do Estado quanto ao não exercício de punir que lhe cabe. Referimo-nos a Luis RÉGIS PRADO<sup>44</sup> que considera a “inércia” estatal, bem como Álvaro MAYRINK DA COSTA<sup>45</sup> que reúne ainda ao seu conceito “a ausência de interesse na apuração do fato punível...”.

Basileu GARCIA<sup>46</sup> denomina de “**renúncia** do Estado a punir a infração em face do decurso do tempo” (grifamos), conotando, em certa medida, um agir político do Estado ao abrir mão do *ius puniendi*. Não podemos interpretar, no entanto, que essa renúncia possa ser feita *a posteriori*, provocada pela deficiência da estrutura jurídico-processual ou a falta de recursos materiais devidos para dar seguimento ao processo. Ao contrário, Vincenzo MANZINI, apud Andrei Zenkner SCHMIDT<sup>47</sup>, aponta o momento dessa renúncia, afirmando ser uma escolha “*feita preventivamente e legislativamente*”, ou seja, o Estado está, pois, sujeito a um prazo que ele mesmo determinou, e dentro do qual deve agir, sob pena de perder seu direito de punir ou executar a sanção penal.

O mesmo percurso de verificação que desenvolvemos a respeito da inércia do Estado frente ao seu direito podemos realizar quanto ao decurso do tempo que é, por vezes, acrescido de adjetivações e de determinações de prazos.

<sup>42</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 403.

<sup>43</sup> DAMÁSIO DE JESUS, Op. cit., 2008, p. 17.

<sup>44</sup> PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 730.

<sup>45</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal - Parte Geral*. 6ª ed. Vol. 1. Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 2006.

<sup>46</sup> GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4ª ed. Vol. 1. Tomo II. São Paulo: Max Limonad, 1972, p. 699.

<sup>47</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Da Prescrição Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 19.

Guilherme de Souza NUCCI<sup>48</sup> refere-se a um “**determinado** lapso temporal” (grifamos), enquanto Cezar Roberto BITENCOURT<sup>49</sup> e Luis RÉGIS PRADO<sup>50</sup> assinalam um prazo “previamente fixado” para que se consolide a prescrição. A definição dos autores procura vincular-se ao lapso temporal previsto nos dispositivos do texto legal que estabelecem prazos para a extinção da punibilidade.

Diante da exposição que ora realizamos, é pacífico declarar não haver na maioria dos conceitos analisados qualquer traço de subjetividade do agente criminoso a ser defendida para justificar a incidência da prescrição. Os fundamentos da prescrição baseados na conduta positiva/ negativa do agente do delito, quando julgados importantes pelo legislador, foram contemplados através das vedações expressas na legislação penal<sup>51</sup>. Ocorre o mesmo com relação à imprescritibilidade de alguns crimes, como prevê o art. 5º, incisos XLII e XLIV, da Constituição Federal de 1988. Nestes casos, o tempo não apresenta influência sobre o crime, que permanecerá sempre à disposição do Estado para investigação.

A doutrina não é, todavia, unânime ao definir prescrição. Vale destacar novamente Álvaro MAYRINK DA COSTA<sup>52</sup>, para quem o conceito de prescrição é acrescido de diversos atributos:

a prescrição penal é um instituto de direito material que se constitui em causa extintiva da punibilidade, constituindo-se em um impedimento ao exercício do *ius puniendi* estatal pela inércia do *ius perseguendi in iudicio* ou dos *ius executionis*, por não ter exercido a pretensão punitiva ou a pretensão executória em tempo determinado, **em virtude da ausência de interesse na apuração do fato punível, ou pela emenda da condenado pela via da ausência de reiteração delitiva.** (grifamos)

O acréscimo de elementos de ordem subjetiva faria ampliar o conceito de prescrição, o que exigiria a ocorrência de uma situação real mais complexa do que aquela descrita pela norma penal para que esta pudesse incidir. Ademais, a palavra “interesse” traz em seu significado discricionariedade excessiva. Sempre haverá interesse estatal em punir crime praticado contra a sociedade; todavia, ele não será mais legítimo, e perderá seu caráter exemplar, dado o decurso do tempo estipulado

<sup>48</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 491.

<sup>49</sup> BITENCOURT, Op. cit., 2008, p. 724.

<sup>50</sup> PRADO, Op. cit., 2006, p. 730.

<sup>51</sup> Já havíamos citado o art. 117, VI, do CP, que impõe como uma das causas interruptivas da prescrição a reincidência. Nesse caso, teríamos uma avaliação da conduta do criminoso a fim de avaliar a sua recuperação.

<sup>52</sup> COSTA, Op. cit., 1998, p. 2006.

pela lei para o exercício do poder punitivo. No mesmo sentido, a emenda do condenado não é requisito para incidência da prescrição penal. É, antes de tudo, presunção dada pelo decurso do tempo.

### 3.2 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE PRESCRIÇÃO

A prescrição, causa extintiva de punibilidade, não é instituto recente. Cada povo, em cada época, a depender de sua cultura e costumes, reconheceu que o decurso do tempo poderia afastar do criminoso a pena que lhe cabia pelo cometimento de um delito. Como bem exemplifica Cezar Roberto BITTENCOURT<sup>53</sup>, a *Lex Julia de Adulteris*, no ano 18 a.C., foi o primeiro texto legal a tratar da prescrição punitiva. Com o passar do tempo, ampliou-se o rol de crimes atingidos pela prescrição, embora a Idade Média tenha assistido a uma redução bastante significativa nos prazos prescricionais. A França viu surgir pela primeira vez a prescrição da condenação, contemplada no Código Penal de 1791 e, segundo a doutrina em geral, essa recepção parece relacionada ao advento da Revolução Francesa.

No Brasil, temos a notícia histórica da prescrição introduzida em nossa legislação pelo Código de Processo Criminal de 1832, embora o art. 65 do Código Criminal do Império do Brasil não contemplasse ainda a prescrição da pretensão executória, apenas a prescrição da pretensão punitiva<sup>54</sup>.

O Código Penal de 1890 admitiu as duas formas de prescrição, descritas nos termos da Lei:

*Art. 71 A acção penal extingue-se:*  
(...)  
*4º - pela prescrição*  
*Art. 72 A condenação extingue-se por estas mesmas causas.*<sup>55</sup>

No contexto do referido Código, característica comum às duas prescrições – da “acção” e da “condenação” – encontrava-se no prazo prescricional, que tomava como base a pena imposta na sentença, sem que houvesse qualquer indicação à

<sup>53</sup> BITTENCOURT, Op. cit., 2008, p. 725.

<sup>54</sup> SCHMIDT, Op. cit., 1997, p. 35.

<sup>55</sup> Artigos citados por SCHMIDT, Op. cit., 1997, p. 35.

pena abstratamente cominada para cálculo do prazo. Era a pena concretizada na sentença que valia para contagem do tempo. Como bem observa Andrei Zenkner SCHIMDT<sup>56</sup>, no art. 85 do Código Penal de 1890 encontramos nas expressões “*Prescrevem em*”...“*a condenação que impuser*...” o exemplo claro de que a contagem do prazo prescricional refere-se exclusivamente à pena definida na sentença.

Dentre outras especificidades do Código Penal de 1890, vale destacar a novidade introduzida no que diz respeito ao termo inicial para contagem do prazo prescricional. Inicialmente, o código trazia a data do crime como marco para o início do prazo. Somente depois (em 1918, cf. SCHMIDT<sup>57</sup>), através de mudanças processuais, passou-se a considerar que a data da denúncia tinha esse poder. Além disso, de forma diversa ao que dispõe hoje o Código Penal brasileiro vigente (art. 117), a reincidência do criminoso fazia interromper tanto a prescrição da “ação” quanto a prescrição da “condenação”.

Seguiu-se a este diploma o Decreto nº 4780, de 1923 que, dentre diversas alterações, incluiu a imprescritibilidade para alguns crimes, como o de moeda falsa. Acrescente-se também a mudança quanto à regulação do tempo na prescrição da pretensão punitiva, que passou pela primeira vez a ter base no “máximo da pena abstratamente cominada na lei”.

Já nesta época, discutia-se a respeito do termo inicial do prazo prescricional, e se esse prazo, com base na pena concreta, teria eficácia *ex tunc*, ou seja, se poderia retroagir a uma data anterior à sentença, ou eficácia *ex nunc*, contando-se o

---

<sup>56</sup> SCHMIDT, Op. cit., 1997, p. 36, faz referência à íntegra do art. 85 do Código Penal de 1890, o qual também transcrevemos:

“*Art. 85. Prescrevem:*

*Em um anno, a condenação que impuser pena restritiva de liberdade por tempo não excedente de seis meses;*

*Em quatro annos, a condenação que impuser pena de igual natureza por tempo de dois annos;*

*Em oito annos, a condenação que impuser pena de igual natureza por tempo de quatro annos;*

*Em doze annos, a condenação que impuser pena de igual natureza por tempo de oito annos;*

*Em dezesseis annos, a condenação que impuser pena de igual natureza por tempo de doze annos;*

*Em vinte annos, a condenação que impuser pena de igual natureza por tempo excedente de doze annos.”*

<sup>57</sup> SCHMIDT, Op. cit., 1997, p. 36.

prazo a partir da sentença condenatória até a data do trânsito em julgado da decisão.<sup>58</sup>

O referido decreto trouxe ainda alterações importantes que marcariam a legislação penal vindoura até os dias atuais. Nesse sentido, observamos a criação da pronúncia, do despacho confirmatório da pronúncia e a decisão condenatória recorrível como novas causas interruptivas do lapso prescricional, além da figura da prescrição *intercorrente*<sup>59</sup>.

Resumidamente, e de forma bem esquemática, essas seriam as características gerais que marcaram as diversas leis no que tange à matéria sobre prescrição até a edição do Código Penal de 1940, que corrigiu, de certa forma, a denominação utilizada até então para referenciar o instituto da prescrição. Não mais a *prescrição da ação*, nem a *prescrição da condenação* foram utilizados como termos pela nova lei. Passou-se a falar em prescrição da pretensão punitiva (antiga prescrição da ação) e prescrição da pretensão executória (antiga prescrição da condenação).

Também a base para contagem do decurso do tempo foi alterada: a prescrição da pretensão punitiva regula-se ou pelo máximo da pena em abstrato, ou pela pena em concreto, no caso da prescrição retroativa; enquanto a prescrição da pretensão executória regula-se apenas pela pena em concreto, ou seja, aquela cominada na sentença final condenatória. Lembramos oportunamente que, diversamente dos códigos anteriores, a reincidência só faz interromper a prescrição da pretensão executória, e não a punitiva, conforme art. 117.

A análise histórica, ainda que superficial, proporciona uma visão ampla sobre a construção de institutos do direito, a fim de evidenciar as diferentes propostas e modificações que alteraram a forma do pensar jurídico. Sem falar em termos de evolução ou retrocesso, cumpre-nos, como pesquisadores, perceber as transformações decorrentes de demandas sociais e políticas que foram capazes de alterar significativamente a ordem jurídica.

---

<sup>58</sup> SCHMIDT, Op. cit., 1997, p. 38.

<sup>59</sup> Conforme BITENCOURT (Op. cit., 2008, p.730), “o prazo da prescrição intercorrente, superveniente ou subsequente começa a correr a partir da sentença condenatória, até o trânsito em julgado para a acusação e defesa”.

#### 4. A PRESCRIÇÃO RETROATIVA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Afora as diversas modificações trazidas pelo Código Penal de 1940, convém destacar, para análise que por ora nos propusemos a desenvolver, a polêmica que se construiu acerca da figura da prescrição retroativa.

Para tanto, sói explorar o trajeto histórico percorrido pelo instituto da prescrição retroativa, desde a modesta discussão surgida no contexto do Decreto de 1923, passando pelo Código de 40, além das diversas alterações, até consolidar-se através da Reforma Penal de 1984. Os mais de quarenta anos de discussão sobre a matéria que pareciam ter findado a dúvida e estabelecido a certeza na aplicação da prescrição retroativa foram abalados com o PL 1383/2003, que deu origem à Lei 12.024/2010 que, dentre outras alterações, não conseguiu por fim ao instituto que já provoca debates há décadas.

Vejamos essa trajetória em seus pormenores com intuito de compreender e construir críticas a respeito das diferentes posições doutrinárias frente a este instituto exclusivamente brasileiro.

##### 4.1 APONTAMENTOS HISTÓRICOS SOBRE PRESCRIÇÃO RETROATIVA: DEBATES E CRÍTICAS

Começemos o percurso trazendo a definição de prescrição retroativa: é prescrição regulada pela pena concretizada na sentença, desde que não haja forma de agravá-la, podendo retroagir até a data do fato<sup>60</sup>. Entendamos, entretanto, que esta definição vigeu até maio de 2010 (recente, portanto), quando a Lei 12.234/2010 modificou o texto do art. 110, firmando a impossibilidade de o prazo prescricional atingir decurso temporal pretérito anterior à denúncia. Vemos claramente, nos termos do artigo ainda não modificado, os elementos definidores da prescrição retroativa.

Resgatamos as letras do referido artigo, anterior à nova Lei:

---

<sup>60</sup> Segundo Damásio Evangelista de JESUS, Op. cit., 2008, p. 120. A partir de maio de 2010, com a nova Lei, a prescrição retroativa ganhou outras datas limite.

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 os quais se aumentam de 1/3 (um terço), se o condenado é reincidente.

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

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

Com a revogação do § 2º do art. 110, e a modificação do § 1º, incluiu-se a vedação expressa à retroação para antes do recebimento da denúncia, alterando, com isso, o alcance da figura da prescrição retroativa<sup>61</sup>. Cabem críticas oportunas às mudanças forjadas pela Lei 12.234/2010, porém, antes de avaliá-las mais criteriosamente, passemos a uma retrospectiva histórica da polêmica que, além de trazer a lume os argumentos conflituosos que há muito rondam a discussão sobre prescrição retroativa, servirá de fundamento para confirmar a complexidade do tema, que não se pode resumir à simples idéia de impunidade, conforme já alegávamos inicialmente.

O Decreto nº 4780 de 1923 inaugurou a possibilidade de se regular a prescrição pela pena abstratamente considerada, sem eliminar, por óbvio, a pena imposta na sentença como outra medida de regulação possível. À época, também se debatiam os estudiosos a respeito da aplicação ou não da retroatividade da pena concretizada na sentença condenatória para extinguir a punibilidade.

---

<sup>61</sup> LEI Nº 12.234, DE 5 DE MAIO DE 2010 – DOU DE 6/5/2010 (segmentos)

Art. 1º Esta Lei altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para excluir a prescrição retroativa.

Art. 2º Os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“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:

(...)

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

“Art.110. (...)

§ 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.

§ 2º (Revogado).” (NR)

As decisões nos Tribunais ainda se mantinham unânimes ao não reconhecer pedidos de prescrição retroativa. Essa recusa reticente gerou críticas incisivas em defesa do instituto. Exemplo disso lemos no texto de Joaquim Canuto Mendes de ALMEIDA (1938), citado por Fábio André GUARAGNI<sup>62</sup>.

...a gravidade da infração é, sempre e em toda parte, a que a sentença proclama: e, natural e logicamente, o cálculo definitivo dos prazos prescricionais da ação, depende do fim do processo. É da natureza da prescrição da ação penal que a sentença final, por isso, retroaja no caso de desconformidade entre a acusação e a condenação.

Permitimo-nos concordar com as palavras de Joaquim Canuto Mendes de ALMEIDA no tocante ao direito que tem o réu de ver se impor contra si uma pena devida e conforme o delito praticado, não mais, não menos. Todavia, poucos temas há no Direito que se possam fundamentar pelo seu aspecto natural de aplicação. A fragilidade da argumentação não deixou, porém, de sinalizar a importância do debate e suas divergências.

O Código Penal de 1940 em nada apaziguou os ânimos. As decisões posteriores seguiram sentidos contrários, na medida em que ora recepcionaram a prescrição retroativa, ora afastavam-na. Assim se verificou no HC 28.638<sup>63</sup>, de 1946, que inaugurou no STF a jurisprudência favorável à retroatividade da prescrição; enquanto o HC 29.922<sup>64</sup>, do final de 1947, propunha de forma diversa. Já o HC 29.370 discutiu e firmou o alcance do parágrafo único do art. 110, reconhecendo tratar também da prescrição da pretensão punitiva.

Verifiquemos mais de perto o teor original dos artigos, vigentes à época da edição do Código Penal de 1940.

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, **salvo o disposto no parágrafo único do art.110**, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade, cominada ao crime,(...) (grifamos)

<sup>62</sup> Trata-se do texto de Joaquim Canuto Mendes de ALMEIDA, “A retroatividade da sentença no cálculo da prescrição penal”, in: RT, vol. 294, p. 14-15 e 19-20, citado por GUARAGNI, Fábio André. *Prescrição Penal e Impunidade*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 96.

<sup>63</sup> O HC 28.638, segundo Damásio Evangelista de JESUS (Op. cit., 2008, p. 120), por maioria de votos, “admitiu o efeito retroativo da pena concreta no que tange à contagem do prazo prescricional anterior à sentença condenatória”. No mesmo sentido, exemplifica GUARAGNI (Op. cit., 2008, p. 97), acrescentando o caráter liberal da interpretação do STF.

<sup>64</sup> O HC 29.922, modificou a posição do STF, que passou a inadmitir “a retroatividade prescricional da pena concreta”, como destacou Damásio Evangelista de JESUS (Op. cit., p. 121).

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

Parágrafo único. A prescrição, depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos.

Decorre da vinculação entre o dois artigos, a presunção de que o parágrafo único do art. 110, apesar da distribuição espacial, refere-se também à prescrição da pretensão punitiva, e não apenas à prescrição da pretensão executória. Assim entendeu o STF ao julgar procedente o HC 29.370 de 1948.

Bem se vê, pela dinâmica das decisões, que a matéria estava longe de ser pacificada. As opiniões a respeito no Supremo Tribunal Federal se dividiam cada vez mais, e ampliaram-se a partir de 1951, com o ingresso do Min. Nelson Hungria, conforme assinala Andrei Zenkner SCHMIDT<sup>65</sup>. Por isso, apropriado é resgatar, ainda que parcialmente, a argumentação de Néelson HUNGRIA sobre a matéria, de acordo com a citação de Damásio Evangelista de JESUS<sup>66</sup>.

...a pena concretizada, na ausência de recurso do Ministério Público, é a única que, no caso, corresponde *ad initio* o direito de punir por parte do Estado, de modo que a mais elementar Justiça impõe o aproveitamento do tempo decorrido entre a última causa impeditiva e a sentença condenatória. (...) se entre a última causa interruptiva e a sentença condenatória já decorreu tempo suficiente para a prescrição da pena *in concreto*, a sentença não é causa interruptiva, pois não se interrompe aquilo que já cessou ou que já se consumou.

Defende Néelson HUNGRIA que não há razão para interromper um prazo prescricional que, considerada a pena concreta, já teria se esgotado por completo, deixando de existir. Assim, chegando-se a uma sentença condenatória, sem que houvesse recurso para a acusação, deveria ser respeitado o limite estabelecido para calcular a prescrição, em virtude da garantia do réu que impede o *reformatio in pejus*. Portanto, não havendo mais como reformar a pena já cominada, ela passaria a valer como referência de prazo para o exercício justo do *jus puniendi* do Estado. Esse posicionamento estabeleceu os contornos do que se designou de princípio da “pena justa”<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> SCHMIDT, Op. cit., 1997, p. 39.

<sup>66</sup> DAMÁSIO DE JESUS, Op. cit., 2008, p. 122.

<sup>67</sup> VITAL NAVES, apud GUARAGNI, Op. cit., 2008, p. 98.

Opiniões adversas não faltaram para se contrapor à posição liberal que adotava o Ministro Néelson HUNGRIA. Exemplo disso é a oposição representada pelo Ministro Luiz GALLOTTI, para quem o prazo prescricional baseado na pena *in concreto* não tinha efeito retroativo. Defendia o Ministro que a prescrição interrompida pela sentença condenatória recorrível deveria recomeçar por inteiro, ficando inutilizado o prazo já transcorrido anteriormente para efeito de regulação prescricional<sup>68</sup>. Prevaleceu o referido posicionamento, avesso à prescrição retroativa, até 1960, momento em que as posições se inverteram favoravelmente à retroatividade.

Na seqüência, a Súmula 146, editada em 1964, revitalizou a prescrição retroativa, nos seguintes termos: “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”.

Os anos seguintes à edição da Súmula foram marcados por oscilações constantes entre a aceitação e a rejeição, embora parcial, da retroatividade. Entendimentos mais restritivos à proposta defendiam critérios para aplicação deste tipo de prescrição. Destacamos as observações de Damásio Evangelista de JESUS<sup>69</sup>, que resumiu bem as restrições: “

A prescrição retroativa não podia incidir nos seguintes casos: a existência de apelação da acusação, provida ou improvida; inexistência de recurso do réu; prazo entre a data do fato e a do recebimento da denúncia; absolvição em primeira instância e condenação no Tribunal; e pena atenuada em segundo grau.

Fica claro identificar que os pontos controversos da discussão sobre prescrição retroativa, que duram até hoje, já estavam presentes em décadas passadas, principalmente na questão do retrocesso até a data anterior ao recebimento da denúncia para contagem da prescrição. Esse embate se estendeu inclusive ignorando as disposições contrárias trazidas pelo CP de 1969, que não chegou a entrar em vigência. Dizia o texto em sua redação original<sup>70</sup>:

---

<sup>68</sup> São os termos de Luiz GALLOTTI, citado por GUARAGNI, Op. cit., 2008, p. 99. Compactuavam também os professores Antônio Rodrigues PORTO e Heleno Cláudio FRAGOSO.

<sup>69</sup> Idem, p. 123.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 100.

Art. 111(...)

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também, **daí por diante**, pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos. (grifamos)

A expressão “*daí por diante*” caracteriza bem a postura do código, que vedava o efeito retroativo da pena fixada na sentença condenatória. A solução sugerida pelo texto parecia ter encontrado o desfecho para o problema, pelo menos para aqueles que negavam a retroatividade da pena em concreto que regulasse a prescrição. Não vingou, entretanto, a proposta do Código. Heleno Cláudio FRAGOSO, que inicialmente defendera os termos do novo Código<sup>71</sup>, acabou por criticá-lo, alegando não corresponder “às exigências atuais de nosso Direito Penal”<sup>72</sup>.

Também em sua obra *Lições de Direito Penal*, Heleno Cláudio FRAGOSO<sup>73</sup> torna a reconhecer:

Já nos alinhamos entre os críticos vigorosos dessa prescrição retroativa, chamando-a inclusive de teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto (Exposição de Motivos do CP de 1969). Hoje, pensamos que ela deve ser mantida, considerando-se a falência completa das penas privativas de liberdade e os longos prazos previstos pela nossa lei para a prescrição.

Andrei Zenkner SCHMIDT<sup>74</sup> bem descreve que o Código Penal de 1969 foi um código “sem nunca ter sido”. Recebeu diversas críticas e teve sua vigência adiada algumas vezes, até que se decidiu, durante o governo de Geisel, pela reformulação parcial do Código Penal de 1940 e pela definitiva revogação do CP de 1969. Isso se deu através da Lei nº 6.416, de 1977. Convém resgatar a redação do art. 110 modificada:

Art. 110 ...

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se, também, pela pena aplicada e verifica-se nos mesmos prazos.

<sup>71</sup> É de Fábio André GUARAGNI que retiramos o excerto da Exposição de Motivos do CP/69, no qual Heleno Cláudio FRAGOSO faz crítica clara ao instituto da prescrição retrativa. Vejamos: “*Em matéria de prescrição, o Projeto expressamente elimina a prescrição pela pena em concreto, estabelecendo que, depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, ela se regula, daí por diante, pela pena imposta. Termina-se, assim, com a teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto, que é tecnicamente insustentável e que compromete gravemente a eficiência e a seriedade da repressão.*” (Op. cit., 2008, p. 101)

<sup>72</sup> SCHMIDT, Op. cit., 1997, p. 48.

<sup>73</sup> FRAGOSO, Op. cit., 1992, p. 408-409.

<sup>74</sup> SCHMIDT, Op. cit., 1997, p. 47.

§ 2º A prescrição de que trata o parágrafo anterior, importa, tão-somente, em renúncia do Estado à pretensão executória da pena principal, **não podendo, em qualquer hipótese, ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia.** (grifamos)

Conclui-se, pela leitura da redação alterada pela reforma de 77, que o efeito retroativo só seria possível com o trânsito em julgado para a acusação. Além disso, fica evidente a vedação imposta ao retorno do prazo prescricional à data anterior ao recebimento da denúncia. Fábio André GUARAGNI<sup>75</sup> observa o problema ao se atribuir o “efeito de causa extintiva da pretensão executória à prescrição retroativa”, antes mesmo de haver condenação com trânsito em julgado. Ou seja, poderia prescrever a pretensão executória, pelo efeito retroativo, sem que existisse ainda o exercício dessa pretensão.

A pena em concreto atingiria a pretensão executória do Estado, não a pretensão punitiva, como se concebia até então. Confirma essa versão a Súmula 604 do STF: “A prescrição pela pena em concreto é somente da pretensão executória da pena privativa de liberdade”.

Damásio Evangelista de JESUS, ao considerar a reforma de 77, afirmou que “de forma complicada e confusa estava consagrada em nosso CP a tese da prescrição retroativa, genuína e incomparável criação brasileira, desconhecida na doutrina e na legislação estrangeiras”<sup>76</sup>. E o disse bem, pois em 1984, diante da demanda pela integração entre a legislação material e formal, viu-se a necessidade de reformular o CP. Mais uma vez o instituto da prescrição ganharia novos contornos, principalmente no que referia à prescrição retroativa.

A reforma penal trazida pela Lei nº 7.209 de 1984 propôs nova redação ao § 2º do art. 110 do CP, firmando o instituto da prescrição retroativa, e fazendo valer a pena em concreto para contagem do prazo prescricional da pretensão punitiva, inclusive retrocedendo até atingir o prazo compreendido entre a data do fato criminoso e a do recebimento da denúncia.

Críticas não faltaram ao excesso de liberalismo trazido pela referida reforma. Em nome da *defesa social*<sup>77</sup>, reagiram alguns juristas afirmando estar a prescrição

---

<sup>75</sup> GUARAGNI. Op. cit., 2008, p. 104.

<sup>76</sup> DAMÁSIO DE JESUS, Op. cit., 2008, p. 126 e 127.

<sup>77</sup> Ver comentários e citações de GUARAGNI, Op. cit., 2008, p. 110-111.

retroativa aproveitando-se de uma deficiência do judiciário: a morosidade no andamento processual.

Passemos agora a investigar as bases argumentativas que antecederam ao projeto de lei que defendeu as alterações da prescrição retroativa, e procurar entender as motivações que levaram à aprovação da Lei 12.234/2010.

#### 4.2 A PRESCRIÇÃO RETROATIVA ANTERIOR À LEI 12.234/2010

A publicação da Lei 12.234/2010 promoveu algumas alterações no texto dos arts. 109 e 110 e §§, do CP. Mas, como veremos mais adiante, essas modificações não lograram extinguir de vez a figura da prescrição retroativa, que permanece apesar das restrições da nova lei. Entendamos melhor como se dá o cômputo nesta modalidade de prescrição.

A prescrição retroativa, exclusividade do Direito brasileiro, define-se como aquela que atinge a pretensão punitiva do Estado e tem como base a pena verificada na sentença penal condenatória transitada em julgado para a acusação<sup>78</sup>. Antes de ser reconhecida, conforme bem assinala Andrei Zenkner SCHMIDT<sup>79</sup>, devem-se verificar presentes certos pressupostos. Inicialmente observamos se já não ocorreu a prescrição com base em pena abstrata, fato que já seria eficiente para declarar prescrição. Em seguida, é imprescindível a existência de uma sentença condenatória, pois a sentença absolutória (ou aquela que concede o perdão judicial, por exemplo) não traduz uma pena em concreto, que é base para cômputo desse tipo de prescrição. Por último, além de condenatória, a pena deve ser justa, tendo já ultrapassado todas as instâncias cabíveis.

Reconhecidos os pressupostos, segue-se a contagem adequada para cálculo da prescrição retroativa. Com a pena *in concreto*, alcançada pela sentença condenatória, buscamos os períodos definidos nos incisos do art.109 do Código Penal. Passo seguinte é verificar a existência de causa modificadora. Bom exemplo é a menoridade do réu, conforme art. 115 do CP, que permite a redução do prazo

---

<sup>78</sup> Vale lembrar que até o momento imediatamente anterior à sentença, a prescrição se conta pela pena máxima abstratamente considerada, em direção ao futuro. No momento em que há pena *in concreto*, passa ela a regular a contagem do tempo, daí para o passado.

<sup>79</sup> SCHMIDT, Op. cit., 1997, p. 125-129.

prescricional. Encontrado o prazo exato nos termos do art. 109 do CP, conta-se o prazo prescricional para trás, dentro do lapso temporal transcorrido entre as causas interruptivas<sup>80</sup>. Resumimos a seguir estes prazos, contados de trás para frente.

No caso dos crimes de competência do Juiz Singular, teremos os prazos:

- a) da publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis até o recebimento da denúncia ou queixa;
- b) do recebimento da denúncia ou queixa até a data do fato.

Nos crimes de competência do Tribunal do Júri verificamos os prazos:

- a) a partir da publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis até a data da confirmação da pronúncia;
- b) da data da confirmação da pronúncia até a data da pronúncia;
- c) da data da pronúncia até o recebimento da denúncia ou queixa;
- d) da data do recebimento da denúncia ou queixa até a data do fato.

Portanto, prolatada a sentença condenatória que impõe a pena devida ao condenado, valerá novo prazo prescricional, agora considerado a partir da pena em concreto. José Júlio LOZANO JÚNIOR<sup>81</sup> descreve a questão acrescentando outro período prescricional, compreendido entre a “data do acórdão condenatório à do recebimento da denúncia ou queixa, tendo havido absolvição em grau inferior”. Significa dizer que a prescrição não se interrompe com a sentença absolutória recorrível, vez que não há pena concretizada que possa servir de referência para cálculo do cômputo do prazo prescricional.

Fato é que, por haver controvérsias na doutrina sobre as formas de regular os momentos de declaração da prescrição retroativa, coube à jurisprudência dos tribunais consolidarem, ao longo de alguns anos, princípios que orientassem a incidência do prazo prescricional retroativo. Heleno Cláudio FRAGOSO<sup>82</sup> elenca quatro princípios. Vejamos:

- a) a prescrição retroativa não pode ser declarada quando há recurso da acusação, visando à agravação da pena. (...);
- b) para que se declare a prescrição retroativa, não é necessário que haja recurso da defesa. Basta inexistir recurso da acusação;
- c) pode ser declarada a prescrição retroativa se a sentença é absolutória e a condenação é proferida pelo Tribunal, não havendo mais recurso da acusação;

<sup>80</sup> Conforme art. 111 e 117 do CP.

<sup>81</sup> LOZANO JR., José Júlio. *Prescrição Penal*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 168.

<sup>82</sup> FRAGOSO, Op. cit., 1992, p. 409-410.

d) pode ser declarada a prescrição retroativa se houve sentença condenatória e o Tribunal reduziu a pena, de modo a permitir a prescrição. A sentença condenatória, neste caso, interrompe a prescrição, mas pode ser considerado o lapso de tempo entre a denúncia e a sentença.

Parece óbvio a desnecessidade de recurso da defesa para ver reconhecida a prescrição retroativa. Quando a sentença de 1º grau cominou a pena em concreto e, com base nela, já se observou o limite prescricional, portanto, garantindo ao réu a extinção da punibilidade, não haverá ele de solicitar contra si mesmo o aumento de pena. Ao contrário, a acusação poderá, e quase sempre o faz quando insatisfeita com a pena em concreto, pedir aumento de pena por julgá-la insuficiente.

Outra questão que merece também nossa análise, ainda que breve, refere-se à situação em que há recurso da defesa, diante de uma sentença de primeiro grau condenatória, e redução da pena por acórdão. Neste caso, como bem nos explica Frederico BLASI NETTO<sup>83</sup>, “o prazo de prescrição retroativa será regulado pela pena reduzida fixada no acórdão”, sem, no entanto, computar-se a data do acórdão como termo inicial da contagem prescricional. Vale dizer, a pena para cômputo do prazo prescricional será a reduzida pelo acórdão, mas permanece a data da publicação da sentença como termo inicial da contagem retroativa.

Como já havíamos sublinhado, a prescrição retroativa atinge a pretensão punitiva. Por isso mesmo, nos casos em que se verifica a sua existência, ela tem, inclusive, o poder de afastar os efeitos da própria sentença condenatória, como se o fato deixasse de existir no mundo jurídico<sup>84</sup>.

A primeira vista, e contada nestes termos, a incidência da prescrição retroativa parece mesmo estar associada à impunidade e ao incentivo à criminalidade, o que, aliás, eventualmente pode ocorrer. No entanto, essa visão precipitada e simplista merece uma análise mais crítica, inclusive porque semelhante posicionamento não vingou para parte da doutrina, nem mesmo na jurisprudência. A

<sup>83</sup> BLASI NETTO, Frederico. *Prescrição Penal: Manual prático para entendê-la e calculá-la*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 121 e 122.

<sup>84</sup> Conforme LOZANO JR. (Op. cit., 2002, p. 172): “os efeitos da prescrição retroativa são os relativos à extinção da *pretensão punitiva*, (...), a saber: a) impossibilita a aplicação dos efeitos penais principais (imposição de pena e medida de segurança) e secundários do crime; b) autoriza o levantamento do sequestro, da hipoteca legal, e do arresto sobre os bens do acusado (CPP, arts. 131, inciso III, e 141); c) Não permite que os processos anteriores por ela atingidos sejam reconhecidos como maus antecedentes criminais; d) obsta a análise do mérito da acusação; e) impõe a devolução integral da fiança prestada; f) impossibilita a menção do processo por ela extinto na folha de antecedentes e nas certidões extraídas dos livros do juízo, quando requeridas pelo interessado; g) impede o lançamento do nome do réu no rol dos culpados.”

pena *in concreto*, considerada para a prescrição retroativa, parece a medida mais justa, porque se aproxima com mais exatidão da pena específica cominada no caso concreto e imposta a um sujeito determinado. O princípio da individualização da pena<sup>85</sup> impede que uma mesma pena possa valer para todos, sem diferenciação. Muito bem ponderou Pierpaolo Cruz BOTINI<sup>86</sup> a respeito do tema:

Enfim, pode-se questionar a prescrição, os prazos, a morosidade judicial, e sua relação com a impunidade. O que não parece legítimo é criar distorções que comprometam o princípio da proporcionalidade, fazendo incidir de forma idêntica a norma penal sobre comportamentos ontologicamente diferentes.

Alie-se a esse princípio a garantia da duração razoável do processo e a necessidade de contenção do poder estatal, absurdamente maior se comparado ao do indivíduo, e apreciaremos o instituto da prescrição retroativa como essencial no contexto do Estado Democrático de Direito.

Destacamos também, a apreciação que Celso DELMANTO, Roberto DELMANTO, Roberto DELMANTO JUNIOR e Fábio M. de Almeida DELMANTO constroem a respeito do referido instituto:

O instituto da prescrição, outrossim, é fundamental em um Estado de Direito Democrático, por várias razões, dentre as quais: a. confere segurança jurídica ao cidadão, vedando seja ele perseguido criminalmente por tempo indeterminado; b. impõe ao Estado que efetivamente se movimente em sua atividade jurisdicional, em prol da própria sociedade; c. com o decurso do tempo, a pena perde a sua finalidade retributiva, preventiva e ressocializadora<sup>87</sup>.

Situação diversa, entretanto, ocorre com as considerações sobre a prescrição antecipada, denominada também prescrição *virtual* ou em *perspectiva*, criação da jurisprudência mais recente. Essa modalidade de prescrição retroativa reconhece, antes mesmo de haver sentença condenatória, uma provável pena em concreto, baseada nas circunstâncias do fato e características atinentes à conduta e personalidade do agente. Presumida a pena, aplicar-se-ia o prazo prescricional adequado desde logo, dando fim à persecução penal.

<sup>85</sup> Na Constituição Federal de 1988, o princípio da individualização da pena aparece descrito no art. 5º, XLVI, caput, com a seguinte redação: “a lei **regulará a individualização da pena** e adotará, entre outras, as seguintes: (...)” (grifo nosso)

<sup>86</sup> *Novas Regras sobre Prescrição Retroativa: Comentários Breves à Lei 12.234/2010*. Boletim IBCCRIM. Ano 18, nº 211 – Junho de 2010, p. 7.

<sup>87</sup> Os autores são citados por SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. *Extinção da Prescrição Retroativa Anterior ao Recebimento da Denúncia*. Boletim IBCCRIM – Ano 18 – nº 211 – JUNHO/2010, p. 10.

Segundo José Júlio LOZANO JÚNIOR<sup>88</sup>, é pacífico o entendimento dos Tribunais Superiores no sentido do não-acolhimento da referida prescrição. Também menciona o autor a não admissibilidade do instituto pela maioria da doutrina<sup>89</sup>. É o que comprovam as decisões mais recentes do STF e do STJ:

“EMENTA: AÇÃO PENAL. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva “em perspectiva, projetada ou antecipada”. Ausência de previsão legal. Inadmissibilidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É inadmissível a extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada, independentemente da existência ou sorte do processo criminal”. (STF – RE 602527, QO/RS, rel. Min. Cezar Peluso, 19.11.2009).

De forma unânime, julgou o STF inadmissível o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva, sob fundamento da ausência de previsão legal do instituto prescricional. Em consonância à compreensão do STF, o STJ tem julgado também improcedentes os pedidos de *Habeas Corpus* baseados na prescrição da pretensão punitiva antecipada.

Vejamos:

“HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. PENA EM PERSPECTIVA. MODALIDADE INEXISTENTE. EXCESSO DE PRAZO NA CONCLUSÃO DA AÇÃO PENAL. 1 - A prescrição da pretensão punitiva, antes do trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, regula-se pelo máximo da pena aplicável em abstrato. 2 - No caso, sendo de trinta anos a pena máxima prevista para o delito de homicídio qualificado, o prazo prescricional é de 20 anos, a teor do disposto no artigo 109, I, do Código Penal, lapso que não transcorreu, no caso, entre os marcos interruptivos. 3 - Não é possível o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva com base em pena virtual, vale dizer, aquela que supostamente será imposta na sentença em caso de condenação, hipótese não contemplada na legislação de regência. 4 - Não há que se falar em demora excessiva para a conclusão da ação penal se o primeiro decreto expedido contra o paciente data de 11 de janeiro de 1979, e ele jamais foi encontrado para responder às acusações contra ele formuladas. 5 - Ordem denegada.” (STJ, HC 114265, 6ª Turma, Rel. Ministro Paulo Gallotti, DJe 15-6-2009).

Parte significativa da doutrina reafirma o posicionamento dos Tribunais Superiores, negando a possibilidade de considerar uma pena hipotética para fixar

<sup>88</sup> LOZANO JÚNIOR, Op. cit., 2002, p. 182.

<sup>89</sup> Refere-se LOZANO JÚNIOR aos autores: BITENCOURT, DOTTI, MIRABETE, DAMÁSIO DE JESUS, PORTO, ZAFFARONI e PIERANGELI, entre outros. (idem, p. 182)

decisão com base em prescrição em perspectiva. Assim é que considera Luiz REGIS PRADO<sup>90</sup>:

Diante da imprecisão que encerra, visto que se norteia exclusivamente por razões de celeridade e economia processual, sua eventual aplicação importa em indisfarçável atentado aos princípios e garantias fundamentais.

Na mesma direção, das lições de Cezar Roberto BITENCOURT<sup>91</sup>, vale destacar:

Não há suporte jurídico para o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, como se está começando a apregoar, com base numa pena hipotética. Ademais, o réu tem direito a receber uma decisão de mérito, onde espera ver reconhecida a sua inocência. Decretar a prescrição retroativa, com base em hipotética pena concretizada, encerra uma presunção de condenação, conseqüentemente de culpa, violando os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal (art. 5º, LVII, da CF).

A crítica inflamada dos autores tenta encobrir alguns questionamentos que consideramos reveladores e necessários de serem abordados. Primeiro ao que diz respeito à exclusividade do critério “celeridade e economia processual” para fundamentar a prescrição em perspectiva. A preocupação em evitar a movimentação do Poder Judiciário quando o prazo prescricional já escoou por completo, e em promover a economia processual, fez com que parcela da jurisprudência adotasse, cada vez mais, a referida modalidade de prescrição retroativa antecipada. Um dos fundamentos estaria na inutilidade da atividade jurisdicional que fatalmente desembocaria, ao final do processo, no reconhecimento da extinção da prescrição da pretensão punitiva. Atingida hipoteticamente uma pena *in concreto*, e fazendo-a retroagir, o juízo declararia, antes mesmo da sentença, a extinção da pretensão punitiva do Estado. Qualquer lapso temporal anterior à publicação da sentença poderia ser computado para efeito de incidência da prescrição retroativa antecipada.

Todavia, reconhecemos ser razão frágil justificar a prescrição apenas pela economia processual. Estaríamos, pois, valorizando o processo como um fim em si mesmo, o que definitivamente também não nos parece argumento legítimo. Ao contrário, entendemos fundar-se esse tipo de prescrição na falta de justa causa do poder-dever de punir estatal para perseguir o acusado num dado processo criminal

---

<sup>90</sup> PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 3ª Ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 370.

<sup>91</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 288-289.

quando já se projeta a prescrição e se antevê a impossibilidade de aplicar sanção penal. É, pois, com base nos direitos subjetivos do cidadão de ver cumpridos pelas autoridades estatais os prazos prescricionais de forma regular que tem entendido alguns juízes de primeira instância ao recepcionar a tal prescrição.

Em segundo lugar, nem sempre a ação penal reconhecerá a inocência do réu. A prescrição se aplica sobre o acusado, indistintamente, seja ele julgado culpado ou inocente. O que se discute é a perda do *jus puniendi* do Estado; indiferente, portanto, é a decisão de mérito. O fato de se antever uma possível pena para o réu não o considera desde sempre culpado.

Guilherme de Souza NUCCI<sup>92</sup> traz para o debate esta questão, citando a concepção do juízo da Comarca de Guarulhos, cujo posicionamento questiona a opinião dos contrários à prescrição virtual sob o fundamento do princípio da presunção de inocência:

Quanto à posição dos que invocam o princípio da presunção de inocência, vale ressaltar que os direitos e garantias fundamentais não podem servir de pretexto para prejudicar o réu, pois constituem a sua proteção contra o abuso do Estado.

Entende-se que, em sendo culpado, figura-se desnecessário submeter o acusado ao processo sem que haja mais punibilidade, vez que o poder-dever do Estado é extinto; em sendo o acusado inocente, quanto antes estiver ele livre dos dissabores da investigação processual, tanto mais proveitoso, pois que não haverá efeito negativo prático contra si. Assim ocorre em outras modalidades de prescrição, para as quais também não se chega a uma condenação ao declarar extinta a punibilidade pela prescrição<sup>93</sup>, e nem por isso vemos violado o princípio da presunção de inocência.

A terceira observação resgatamos de Andrei Zenkner SCHIMDT<sup>94</sup>, para quem é inapropriado falar em devido processo legal quando este for inevitavelmente inefetivo, revelando uma jurisdição ineficaz. Pode-se perfeitamente mensurar desde

---

<sup>92</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial*. 3ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 586-587.

<sup>93</sup> Seria um caso pouco comum, mas possível; pensemos num lapso temporal longo o suficiente para alcançar o máximo da pena abstratamente considerada. Já nas preliminares, poder-se-ia alegar a prescrição da pretensão punitiva e vê-la reconhecida e eficaz para por fim ao processo, com sentença de mérito.

<sup>94</sup> SCHIMDT, Op.cit., 1997, p. 35.

logo as circunstâncias judiciais, bem como antecedentes e conduta do réu para qualificar a pena aplicável ao caso concreto, exatamente como se faria no momento da sentença. Prudente seria questionar se aquele que é denunciado preferiria sofrer o peso da ação penal contra si, até que a sentença declarasse a prescrição já presumível, ou, em nome de uma declaração de inocência, não tão provável assim, aguardar o transcorrer pouco ágil de um processo penal. Julgada prescrita a pretensão punitiva do Estado, não há de se falar sequer em reincidência. Decorre destas ponderações que ao réu, no caso em análise, parece mais justo o reconhecimento da prescrição desde o momento em que ela se completa.

O professor René Ariel DOTTI<sup>95</sup> denomina o “novo instituto” de “*prescrição pela pena presumida*”, e declara haver razões jurídicas e práticas suficientes para fundamentar a tal prescrição; dentre elas, destacamos os princípios do devido processo penal e da economia processual, além da consumação do constrangimento ilegal, no que concerne à violação de prazos. Portanto, não se pode creditar apenas às razões de economia processual a aplicação da prescrição antecipada.

Em oposição das reflexões doutrinárias mais atuais, as Cortes Superiores têm apresentado resistência em reconhecer a prescrição antecipada, enquanto alguns Tribunais há muito já optaram por adotá-la. Vejamos alguns exemplos retirados da jurisprudência recente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ESTELIONATO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ARGÜIÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA OU RECONHECIMENTO DA INÉPCIA DA DENÚNCIA. MANIFESTA INVIABILIDADE DA PRETENSÃO PUNITIVA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR OU PROCESSUAL. AUSÊNCIA DO BINÔMIO NECESSIDADE-UTILIDADE. O PROCESSO NÃO É UM FIM EM SI MESMO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM RELAÇÃO AO DELITO DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA PARA OS ACUSADOS COM MENORIDADE. PRESCRIÇÃO DA PENA EM ABSTRATO. Declarada extinta a punibilidade em relação ao crime de formação de quadrilha para os acusados com menoridade, por disposição de ofício. Ordem concedida. Trancamento da ação penal.” (Habeas Corpus Nº 70021830294, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 06/12/2007).

---

<sup>95</sup> DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 3ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 774.

No mesmo sentido<sup>96</sup>:

“Assiste razão aos impetrantes quanto ao argumento da prescrição, ainda que por fundamento jurídico ligeiramente diverso. Penso que se trata de verificação da existência de uma condição da ação: **o interesse de agir**.

Veja-se que **o processo não é um fim em si mesmo**.(...) E, se a pretensão punitiva não é viável, não há utilidade na decisão que se busca na ação penal.

Afinal, se não há mínima viabilidade na pretensão punitiva deduzida, qual o sentido de dar seguimento ao processo? **Punir – o que já não pode ser punido – com o simples sofrimento do processo?** Cuida-se de processo natimorto, cuja inicial não deveria sequer ser recebida.

Como disse o Ministro Hamilton Carvalhido, ao julgar o RHC 11.240/PR, “a indemonstração de um mínimo de viabilidade da ação penal suprime a sua **justa causa**, na perspectiva da possibilidade jurídica do pedido, que tem significação especial em sede penal, em função dos direitos fundamentais do homem, sobretudo do direito de liberdade”. Conforme ensina Nelson Nery Júnior, “Existe interesse processual (expressão mais moderna para o interesse de agir) quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático.” (in CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMENTADO, sétima edição, Ed. RT, 2003, SP).

No caso dos autos, o processo é desnecessário e inútil.

(Habeas Corpus Nº 70021830294, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 06/12/2007, grifos nossos).

As referidas decisões entenderam que o direito ao devido processo legal, consagrado na Constituição Federal de 1988, não é incompatível com a prescrição antecipada, pois não há mais o que punir, não há interesse em agir e nem justa causa quando já se configurou, na realidade dos fatos, o decurso de tempo hábil para ver incidir a norma referente à prescrição. Se de antemão já podemos reconhecer extinto o direito estatal de perseguir o suspeito de um crime, menos gravoso nos parece à segurança jurídica liberar o cidadão, que nada mais deve ao Estado, do que enfrentar o perigo de se exigir a instauração do processo a qualquer custo é concebê-lo como um fim em si mesmo, o que pode alimentar um descrédito na Justiça Pública que investiga o que não poderá mais ser punido<sup>97</sup>.

<sup>96</sup> Para consulta, acrescentamos outras decisões semelhantes, nas quais admitiu o juízo a prescrição retroativa antecipada: (TJMT – Recurso em Sentido Estrito nº 49921/2006 – Classe I-19 – Comarca da Capital – Rel. Dra. Graciema Ribeiro de Caravella); (TJRS – ReSe 70017049628 – 6ª C. Criminal – Rel. Des. Nereu José Giacomolli – J. 12/04/2007); (TJRJ – Recurso em Sentido Estrito nº. 200705100593 DES. GERALDO PRADO - Julgamento: 13/12/2007); (TRF 4ª R. – 4ª S. – EINRSE 2007.72.04.001453-9 – Rel. Paulo Afonso Brum Vaz – j. 19.06.2008 – DJU 04.07.2008).

<sup>97</sup> Assim também reconhece o distinto professor René Ariel DOTTI (Op. cit., 2010, p. 772) ao afirmar: “O gravíssimo congestionamento das pautas forenses caracteriza uma sanção atípica para os réus em ações penais. Afora os ônus naturais do processo, despontam a incerteza e a angústia como efeitos secundários. E além dos problemas pessoais existem outros, de interesse público, como o desprestígio da justiça e o dispêndio de tempo e energia de seus agentes”.

Além disso, o desprestígio causado pela morosidade estatal, não o podem querer recuperá-lo pela supressão de uma garantia do cidadão, qual seja, “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (art. 5º, LXXVIII, CF/88)

Andrei Zenkner SCHMIDT rejeita a associação entre prescrição antecipada e impunidade. Para o autor, “o que gerou impunidade foi a demora na conclusão do inquérito – ou processo”<sup>98</sup>, e não o reconhecimento da prescrição.

Foi neste contexto conflituoso que o Superior Tribunal de Justiça, na tentativa de pacificar o tema, editou a Súmula 438, em 06/05/2010, que venho de encontro à prática da prescrição da pretensão punitiva antecipada. Eis a íntegra do texto:

**Súmula 438:** “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

Contudo, a jurisprudência de 1º grau parece não ter recepcionado de todo a regra sumulada. O Tribunal do Júri<sup>99</sup>, em Curitiba, tem admitido a modalidade de

<sup>98</sup> SCHMIDT, Op. cit., 1997, p. 144-145.

<sup>99</sup> Decisão proferida no dia 04/03/2009, Autos 2008.10010-7:

#### “II – FUNDAMENTAÇÃO

O fato ocorreu em **08.07.1989**, tendo sido recebida à denúncia em **13.09.1990** e pronunciado em **17.11.1995**. Note-se que entre a data da Pronúncia até o presente momento, passaram-se mais 13 (treze) anos. A pena mínima prevista no artigo 121, “caput”, do Código Penal é de 06 (seis) anos de prisão, sendo a pena máxima de 20 (vinte) anos de prisão.

No que tange ao delito capitulado no artigo 129 do CP, a pena máxima é de 01 (um) ano de detenção, pelo que já se encontra prescrito o crime pela pena em abstrato, nos termos do art. 109, inciso V, do CP.

Do exame dos presentes autos, observamos que o réu é primário e não possui antecedentes (certidão de fl. 356). De outra parte, inexistentes agravantes genéricas que desfavoreçam o réu, pode-se concluir com elevado grau de certeza que a pena eventualmente aplicável ao réu ficará muito próxima do mínimo legal do crime capitulado no art. 121, “caput”, senão neste. Destarte, eventual pena em concreto aplicada ao réu quando da realização da sessão plenária, fatalmente já estará atingida pela prescrição retroativa da pena, conforme art. 110 do Código Penal. Nesse contexto, seria absolutamente sem propósito uma eventual condenação criminal e a instauração de uma sessão plenária na ausência de condição da ação. (...) Portanto, tal ocorrência justifica o reconhecimento antecipado da prescrição em perspectiva referentemente ao crime capitulado no art. 121, “caput” do CP, porquanto eventual reprimenda aplicável ao acusado não alcançaria 13 (treze) anos, período já transcorrido da pronúncia até o momento em tela, ausentes quaisquer indícios que pudessem agravar a pena aplicável. Conquanto não prevista no ordenamento jurídico pátrio, tem-se admitido o reconhecimento da prescrição *in concreto* da pena em perspectiva quando particularidades do caso assim permitirem, como na hipótese aqui retratada, em homenagem ao princípio da instrumentalidade do processo”.

Na mesma linha, o Juiz do Tribunal do Júri em Curitiba decidiu recentemente, mesmo após a edição da Súmula 438 do STJ, aplicar a regra da prescrição antecipada da pena. (Decisão referente aos Autos 1997.3051-2, de 15 de outubro de 2010).

prescrição retroativa antecipada há algum tempo, inclusive em data posterior à súmula.

O exmo. Juiz fundamenta suas decisões na certeza de que a pena em concreto fatalmente alcançará a prescrição<sup>100</sup>, bem como reconhece o despropósito da instauração de uma ação penal quando não se verificam as condições da ação<sup>101</sup>.

Distante ainda de ser pacificado, vimos acentuar-se o debate em torno do tema e crescerem os protestos contra a edição da Súmula 438 que pretendeu pôr fim à discussão. Sob o argumento da falta de previsão legal, os contrários à prescrição retroativa antecipada valorizam demasiadamente a Lei em detrimento de outras fontes importantes do Direito. Cabem aqui os termos precisos da decisão do TRF da 1ª Região, na voz de seu relator, Des. Federal TOURINHO NETO:

"PROCESSO PENAL. PRESCRIÇÃO ANTECIPADA, EM PERSPECTIVA OU VIRTUAL.(...) 3. Não há lacunas no Direito, a menos que se tenha o Direito como lei, ou seja, o Direito puramente objetivo. Desse modo, **não há falta de amparo legal para aplicação da prescrição antecipada**.4. A doutrina da plenitude lógica do direito não pode subsistir em face da velocidade com que a ciência do direito se movimenta, de sua força criadora, acompanhando o progresso e as mudanças das relações sociais. Seguir a lei "à risca, quando destoantes das regras contidas nas próprias relações sociais, seria **mutilar a realidade e ofender a dignidade do espírito humano**, porfiosamente empenhado nas penetrações sutis e nos arrojios de adaptação consciente" (Pontes de Miranda).5. "**Se o Estado não exerceu o direito de punir em tempo socialmente eficaz e útil, não convém levar à frente ações penais fundadas de logo ao completo insucesso**" (Juiz Olindo Menezes).6. "O jurista, como o viajante, deve estar pronto para o amanhã" (Benjamim Cardozo)." (TRF - 1ª REGIÃO. RC – 200234000286673. 3ª TURMA.. Relator Des. Federal TOURINHO NETO. DJ DATA: 14/1/2005, p. 33; grifos nossos)

Importante entendimento se constrói quando percebemos não se resumir o Direito às letras da Lei. A dinâmica da vida social exige uma postura menos rígida e um espírito mais receptivo de nossas autoridades judiciais. Em contrapartida, o receio de que a prescrição, principalmente a antecipada, possa gerar a impunidade, faz recrudescer o entendimento do legislador a respeito da matéria penal; o legislador acredita que, ao elaborar leis mais rígidas, poderá reduzir de forma eficiente a insegurança e a violência.

<sup>100</sup> Excetuamos, no entanto, os casos em que a dúvida extrapola as questões relativas unicamente à prescrição. Por exemplo, ações nas quais não se tem devida certeza da classificação do crime e que, portanto, não se pode antever a pena aplicável, vez que o tipo penal não ficou caracterizado, situação em que não há referência para cálculo da pena em concreto.

<sup>101</sup> Em termos sucintos, teríamos como condições da ação a legitimidade de agir, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido, além dos requisitos específicos no âmbito do Direito Penal.

Essa postura repressiva do Estado faz prevalecer o poder estatal em detrimento do princípio fundamental, que já citamos, da duração razoável do processo. A edição de leis emergenciais, com intuito paliativo, é preocupante, pois demonstra o pouco cuidado que tem o Estado ao tratar da criminalidade em nosso país.

Lembremos o princípio da resposta não contingente do Direito Penal, descrito por Alessandro BARATTA<sup>102</sup>:

A lei penal é um ato solene de resposta aos problemas sociais fundamentais que se apresentam como gerais e duradouros em uma sociedade. O procedimento que conduz a essa resposta deve compreender um exaustivo debate parlamentar e deve estar acompanhado de uma profunda análise no âmbito dos partidos políticos e de uma ampla discussão pública. A lei penal, portanto, **não pode ser uma resposta imediata de natureza administrativa**, como, em troca, freqüentemente, é na prática. Os problemas que se devem enfrentar têm que estar suficientemente decantados antes de se pôr em prática uma resposta penal. (grifo nosso)

Reagir à violência com mais repressão e, conseqüentemente, com menos garantias aos direitos fundamentais, fragiliza a própria legitimidade do Direito Penal, como aquele que não alcança responder às demandas de forma planejada, e propõe soluções contingentes.

Estudos mais recentes<sup>103</sup> procuraram reavaliar a prescrição antecipada, demonstrando que a rejeição que pesa sobre ela deve-se, sobretudo, à compreensão equivocada de sua natureza jurídica, que não se enquadraria como causa de extinção da punibilidade; seria, na verdade, caso de carência da ação. Por certo que o reconhecimento da ausência de interesse de agir como natureza da prescrição virtual acalmaria os ânimos da doutrina mais resistente que não vê fundamento legal para o polêmico instituto.

Verificado de início que não há alguma das condições da ação, não haveria por que conduzir a ação penal, pois lhe faltaria o interesse de agir por ausência de

<sup>102</sup> BARATTA, Alessandro. *Princípios do Direito Penal Mínimo – Para uma Teoria dos Direitos Humanos como Objeto e limite da Lei Penal*. (Título original em espanhol: *PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL MÍNIMO – PARA UNA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO OBJETO Y LIMITE DE LA LEY PENAL*; tradução de Francisco Bissoli Filho). Texto publicado na Revista “Doutrina Penal” n. 10-40, Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1987. pp. 623-650. (disponível em: <http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/ALESSANDRO%20BARATTA%20Principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf>).

<sup>103</sup> MOREIRA, Diego Ramos. *Prescrição retroativa antecipada: Evidente hipótese de carência de ação em decorrência da ausência do interesse de agir*. Monografia Graduação, UNISUL, Tubarão, 2008

utilidade. Igor Teles Fonseca de MACEDO<sup>104</sup>, citado por Diego Ramos MOREIRA, defende com convicção:

é crível que a prescrição em perspectiva não guarda nenhuma relação direta com a extinção da punibilidade – leia-se, com a prescrição retroativa -, [...] possuindo, não obstante, nítida natureza jurídica de verificação de carência de ação, em consequência da falta de interesse-utilidade para a continuação do feito, sendo neste fundamento que devem se apegar os seus defensores, uniformizando a sua disciplina para fins do alcance de uma maior credibilidade.

Entretanto, não é argumento aceito pela maioria da doutrina. Não cremos também que se possa apartar de todo a figura da prescrição antecipada dentre as causas de extinção da punibilidade. Ainda que se considere a ausência do interesse de agir do Estado, é o decurso do tempo, em última análise, o aspecto relevante para configurar a falta deste interesse.

Oportuno é, nesse momento, salientar que o grau de polêmica que acompanha as discussões quanto à prescrição em perspectiva não se observa quanto à prescrição retroativa reconhecida no momento da sentença: aquela, de criação jurisprudencial, ainda controversa e carente de mais debates; esta, reconhecida há muito pela legislação, doutrina e jurisprudência brasileiras. Como já apontamos anteriormente (item 3.3), após décadas de discussão, pacificou-se tanto no Ordenamento Jurídico pátrio quanto na doutrina e jurisprudência, a prescrição retroativa, exclusividade nacional. Por isso mesmo é de se estranhar que, na contramão dos avanços quanto às garantias e direitos fundamentais, tenha o legislador infraconstitucional se preocupado em ressuscitar a matéria e, o que é pior, retroceder ao início das discussões, tentando propor fim à prescrição retroativa, atribuindo-lhe injustamente o peso da culpa pela impunidade.

#### 4.3 LEI 12.234/2010: O QUE DEVERIA TER SIDO E QUE NÃO FOI

As discussões que antecederam à aprovação da Lei 12.234, de 2010 estavam ainda sob a influência do texto original do Projeto de Lei nº 1.383, de 2003, do deputado Antonio Carlos Biscaia (PT-RJ). Por conta disso, os debates foram marcados por um teor de indignação e crítica feroz ao projeto. Entendamos o

---

<sup>104</sup> MACEDO, Igor Teles Fonseca de. *Prescrição virtual*. Salvador: JusPODIVM. 2007 é citado por MOREIRA, Op. cit., p.58.

porquê, avaliando o Projeto de Lei Original, da Câmara dos Deputados, em contraste com a redação definitiva dada pela Lei publicada.

O texto original do Projeto de Lei nº 1.383/2003 (doravante PL) ao contrário do que dispôs a Lei, não mencionava em seu art. 1º a literal referência à *exclusão da prescrição retroativa*: “Art. 1º - No Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código penal, ficam introduzidas as seguintes alterações (...)”. Em contrapartida, a proposta de modificação do § 1º do art. 110 trazia em seu texto a seguinte previsão:

“§ 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 publicação da sentença ou do acórdão**”. (grifamos)

Vemos, portanto, que apesar de não indicar claramente o propósito das alterações, o teor do PL fulminava de forma certa a prescrição retroativa da pretensão punitiva. Se fosse aprovado com tal redação, o que não aconteceu, teria sido extinto o referido instituto do Direito Penal brasileiro. Não é sem motivo que a polêmica se estendeu e provocou a doutrina nacional. Escassos foram os elogios às mudanças propostas pelo PL. Diversas foram as críticas, principalmente da melhor doutrina. Damásio Evangelista de JESUS, em artigo datado de janeiro de 2008, posiciona-se contrário à abolição da prescrição retroativa, apontando para a complexidade do tema e recusando-se a aceitar o argumento da impunidade. Dialogava o ilustre professor, à época, com o texto original do PL, que previa a inviabilidade total da dita prescrição.

Para o professor, “a prescrição retroativa é uma defesa do cidadão contra a morosidade do Estado em julgá-lo e puni-lo”, além do que, “o acusado, inocente ou culpado, tem direito a ser julgado em tempo razoável”<sup>105</sup>.

Além da fábula de um Rei Leão super poderoso que ostenta seu poder canalizando-o em forma de mais repressão, Damásio Evangelista de JESUS cita em seu artigo a metáfora grega da espada de Dâmocles, que representa “a espada sempre pendente sobre a cabeça”<sup>106</sup> e o alívio para o acusado quando tem a certeza do prazo final desse tormento. Ademais, para o autor, a extinção da prescrição retroativa pode ter efeito diametralmente oposto ao pretendido, ou seja, poderá

<sup>105</sup> JESUS, Damásio de. *Prescrição retroativa – a favor ou contra?*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jan. 2008. Disponível em: <www.damasio.com.br>.

<sup>106</sup> Idem.

servir de incentivo à morosidade da Justiça. Ou, nas palavras do criminalista Celso VILLARDI, o fim da prescrição retroativa “é um prêmio para a inércia do Estado”<sup>107</sup>.

Se assim tivesse sido aprovada a Lei, diante de prazos intermináveis para atuar, e sendo possuidor de um poder ainda mais ampliado, o Estado atuaria apenas com limites temporais abstratamente considerados, e estaria de fato comprometido o andamento dinâmico do processo que se conduz, na maioria dos casos, diga-se de passagem, pelo receio da sanção prescricional. Nesse aspecto, não há como discordar do referido autor. Prolongar a incerteza da punição não beneficiaria nem ao Estado, que se veria afundado em processos intermináveis, nem ao réu, que ficaria submetido ao poder estatal, sem resposta e estigmatizado socialmente por ainda mais tempo.

De outra banda, não faltaram elogios à abolição da prescrição retroativa. Vale salientar o argumento elaborado por Jayme Walmer de FREITAS<sup>108</sup>. Segundo o autor:

O instituto pulsa contra um Estado Democrático de Direito, na medida em que retira o poder de punir do Estado levando em conta momentos procedimentais que o próprio Estado já superou nas fases processuais. Recorde-se que se trata de instituto que se vale do momento presente – pena concreta – para retirar do Estado o *jus puniendi* por lapsos anteriores eventualmente ultrapassados.

Inicialmente importa salientar que encontramos fundamento para o Estado Democrático de Direito justamente no respeito que deve o Estado à dignidade da pessoa humana. Nada há no art. 1º da nossa Carta Magna que garanta ao Estado o poder incondicional de impor aos cidadãos, de forma indistinta, a mesma pena quando o ato punível apresenta diferentes graus de reprovação social.

Equivale dizer que a pena em concreto é legítima para servir de base ao cálculo prescricional, e não a pena em abstrato, que é apenas referência inicial. Sob pena de ver violado o princípio da personalização das penas, não se tem admitido que em proveito do *jus puniendi* do Estado se possam justificar prazos genéricos, não compatíveis com a conduta delituosa do agente. Conhecida a pena real para a

---

<sup>107</sup> CRISTO, Alessandro. *Projeto de lei dá fim à prescrição retroativa*. Valor Econômico, São Paulo, out. 2007.

<sup>108</sup> FREITAS, Jayme Walmer. *Lei 11.596: o legislador e seus equívocos sem fim*. Revista Jusvigilantibus, março de 2008. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/32318>.

conduta, tem-se a medida a partir da qual verifica o Estado o seu limite para agir. Se ainda não agiu de forma eficaz, não deve ser o réu punido pela lentidão processual.

Ademais, não se retira o poder do Estado, mas se garante direito ao cidadão. Reforçamos esse posicionamento pela consideração de Leônidas Ribeiro SCHOLZ<sup>109</sup>, que entende a prescrição retroativa como aquela

(...) que reflete e traduz a real proporcionalidade entre a gravidade concreta e específica de infração penal certa e determinada e o intervalo de tempo legalmente havido por suficiente para a realização do magistério punitivo do Estado.

Decerto o embate intelectual atingiu o ânimo do legislador que, em versão final, conseguiu impedir a retroação do prazo prescricional apenas no lapso temporal compreendido entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa, conforme alteração do § 1º art. 110:

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.** (grifo nosso)

Óbvio é, pela leitura literal, que a Lei limitou-se a um único intervalo prescricional quando pretendeu, sem sucesso, apagar do Ordenamento Jurídico a figura da prescrição retroativa. Mas, diversamente do que ditava o PL, o legislador fez questão de frisar, ainda no art. 1º da Lei 12.234 de 2010, a exclusão da prescrição retroativa: “Art. 1º Esta Lei altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, **para excluir a prescrição retroativa**” (grifo nosso).

Consciente ou inconscientemente, a Lei não se prestou à completude da finalidade declarada. O Ordenamento Jurídico brasileiro ainda conta com o “malfadado” instituto, embora a prescrição retroativa não mais possa alcançar o prazo que coincide com o da investigação policial.

A título de exemplo, pensemos que um acusado de crime de furto noturno (art. 155, §1º do CP), com pena abstrata de 5 anos e 4 meses, poderá permanecer sob investigação da polícia por até 12 anos, nos termos do art. 109, inciso III do CP. Prazo excessivamente longo, considerada a pouca gravidade da conduta, só pode

<sup>109</sup> SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. *Extinção da prescrição retroativa anterior ao recebimento da denúncia*. Boletim IBCCRIM – ano 18 – nº 211, junho de 2010, p. 11.

ser atribuído ao equívoco legislativo. Se já era gravosa a persecução policial, principalmente pelo descrédito da instituição policial, constantemente associada à violação dos direitos fundamentais do indivíduo, condenou-se definitivamente a segurança jurídica ao poder repressivo, na figura do Estado-Polícia<sup>110</sup>.

A atribuição de tamanho poder a esta instituição merece crítica. A Lei acabou por atribuir um tom ainda mais repressivo ao nosso sistema penal, prolongando a fase inquisitorial e delegando ao aparato policial, já deficitário, tempo excessivo, numa flagrante afronta ao art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal de 1988. Eugenio ZAFFARONI descreve bem a amplitude desse poder, referindo-se à força policial através da designação de “agências não judiciais”. Sobre essas agências, declara o autor: “As agências não judiciais de nossos sistemas penais encontram-se militarizadas e a burocratização das agências judiciais permite que operem com inteira discricionariedade”.<sup>111</sup>

Da pretensão inicial do PL 1.383 de 2003 para a realidade da Lei 12.234 de 2010, houve modificação substancial. Mas não restam dúvidas de que haverá sempre repercussões negativas quando se pretender utilizar a edição de cada vez mais leis para resolver os problemas de impunidade e violência, que mereceriam reflexões mais elaboradas e que encontrariam possíveis soluções apenas se acompanhadas de mudanças de ordem estrutural e política.

Não obstante grande parte da doutrina reconhecer e justificar a incidência da prescrição retroativa, opiniões contrárias ainda se verificam. Fábio André GUARAGNI<sup>112</sup> rechaça o instituto, afirmando que a retroatividade da prescrição ao negar o processo e a sentença condenatória, está negando a existência de seus próprios pressupostos, pois que a sentença serviria apenas para declarar a sua própria inexistência. Ora, essa proeza não é exclusividade da prescrição retroativa. A prescrição pela pena em abstrato também é evento suficiente para afastar o poder de punir do Estado, embora o lapso temporal seja maior e mais dificilmente atingido. Não se trata, como concebe o referido autor, de negar o processo, mas de declarar que o tempo justo para vê-lo desenvolver-se já se esgotou.

---

<sup>110</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas*, Rio de Janeiro: Editora Revan, 1991.

<sup>111</sup> *Idem*, p. 126.

<sup>112</sup> GUARAGNI, Op. cit., 2008, p. 126 e 127.

O fato de o Estado-Juiz iniciar a persecução penal em tempo hábil não garante a ele um tempo incondicional para finalizá-lo. A insistência do autor em desconsiderar o prazo pretérito já efetivado, em face de um prazo futuro, faz desconsiderar que o réu, durante tempo já transcorrido, sofreu as imposições do poder estatal. Apagar este lapso temporal é desrespeitar as angústias vividas e o peso de uma persecução penal que foi real, e não presumida ou hipotética. Por isso mesmo entende a maioria da doutrina pelo cabimento da prescrição retroativa, que calcula os prazos prescricionais segundo a gravidade do delito, estabelecido pela pena em concreto. Quanto mais grave a conduta do réu, maior deverá ser o tempo para que o Estado perseguiu-lo penalmente.

A pena em abstrato valerá enquanto parâmetro inicial. Não deve ser usada jamais para beneficiar a comodidade da atuação estatal sem prazo final. Vinte anos é tempo demais para um Estado que se diz preocupado em investigar e punir adequadamente as condutas lesivas à sociedade. O rigor excessivo do sistema penal tem, por certo, o seu revés para o Estado, que deve uma prestação aos cidadãos dentro de limites de tempo, estando ele mesmo condicionado aos prazos temporais para atuar legitimamente.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O poder-dever do Estado precisa ser exercido dentro de parâmetros previamente estabelecidos para ser considerado legítimo. Não podemos estar à disposição deste poder de maneira incondicional e perpétua. A pretensão punitiva que cabe ao Estado perde sua força quando incide sobre ela a prescrição. Neste aspecto, não divergem nem a doutrina, nem a jurisprudência. A polêmica se instala quando a discussão gira em torno da retroatividade da prescrição, com incidência para o passado da pena em concreto. Argumentos não faltaram para atacar este instituto. No entanto, em respeito ao princípio da proporcionalidade e da individualização da pena, a doutrina majoritária entende difícil aceitar que situações factualmente diferentes e condutas delituosas com graus de reprovabilidade diversos, possam ser tratadas sob o mesmo rigor da Lei.

Após décadas de discussões, novamente a prescrição retroativa volta a receber críticas e a sofrer com medidas emergenciais justificadas pelo argumento da impunidade. Embora a Lei 12.234 de 2010 não tenha alcançado o objetivo pretendido, ou seja, extirpar definitivamente do Ordenamento Jurídico pátrio a figura da prescrição retroativa, conseguiu demonstrar que no imaginário do legislador infraconstitucional parece ainda sobreviver a idéia já superada do direito como vingança, que deve agir com repressão extrema para conter a violência. Ao ampliar demasiadamente o poder do Estado sobre a liberdade do cidadão, através da ampliação dos prazos prescricionais, a demora na resolução dos processos tenderia a se estender ainda mais, agravando-se o quadro já abarrotado do judiciário. Optou o legislador por não excluir definitivamente a prescrição retroativa; mas negou a sua incidência sobre o lapso prescricional configurado entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa. Em outras palavras, o inquérito policial poderá durar pelo tempo descrito na pena em abstrato, para a qual se considera o máximo da pena cominada ao tipo penal.

A possibilidade de punir por mais tempo não garante a efetiva punição. O decurso do tempo faz arrefecer as funções da pena, e uma punição extemporânea iria de encontro aos propósitos de garantia e efetividade do próprio Direito Penal. Ademais, não faltam motivos para aceitarmos a tese de que se deve justamente à

existência de prazos prescricionais a movimentação mais célere de nosso sistema processual. Não fosse a sanção prescricional e teríamos um processo ainda mais lento. Além disso, a extinção definitiva da prescrição retroativa, se tivesse sido efetivada por completo, representaria um atraso diante dos avanços de ordem garantista e dos direitos fundamentais. Mesmo porque os crimes contra a vida, bem jurídico realmente relevante e que deve ser protegido pelo Estado, apresentam um prazo prescricional longo, o que dificulta a incidência da prescrição.

Décadas de discussões, debates e críticas, avanços e retrocessos não bastaram para pacificar o tema que aqui nos propusemos a discutir. Por óbvio não será o presente trabalho, modesto em suas pretensões, capaz de cessar, com resolução do mérito, tamanha complexidade argumentativa, apontando para a resposta inequívoca. Contentamo-nos em discutir os pontos controversos da questão e trazer à baila a problemática que cerca o instituto prescrição retroativa.

Parece-nos provável afirmar que as decisões políticas próprias a cada época fundamentaram a recusa ou a recepção da retroatividade nos respectivos diplomas legislativos. Longe de defendermos a prescrição retroativa com finalidades de impunidade ou desinteresse do Estado em punir, preferimos compreendê-la com base em seu caráter de justiça. O prazo prescricional calculado sobre a pena em concreto parece ser a medida mais apropriada para a incidência da prescrição. A pena não há de ser igual para todos; sendo assim, individualizada a pena, ela deve produzir efeitos sobre a totalidade do lapso temporal no qual se desenrolaram os acontecimentos ligados ao fato criminoso.

Por fim, resgatamos as palavras do ilustre professor DAMÁSIO DE JESUS<sup>113</sup>, na tentativa de afastar de vez da figura da prescrição retroativa, garantia constitucional inegável para a consolidação de um Estado Democrático de Direito, a sombra injusta da impunidade:

Nunca me canso de repetir: não será aumentando o número e o rigor das leis penais que se desestimulará a prática do crime. O que pode inibir o criminoso é a certeza de que sua ação será punida. E, pelas razões que apontei acima, a abolição da prescrição retroativa somente tornará mais tardia e incerta a punição do crime.

---

<sup>113</sup> JESUS, Damásio de. *Prescrição retroativa – a favor ou contra?*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jan. 2008. Disponível em: <[www.damasio.com.br](http://www.damasio.com.br)>.

## 6. REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Princípios do Direito Penal Mínimo – Para uma Teoria dos Direitos Humanos como Objeto e limite da Lei Penal*. Texto publicado na Revista “Doutrina Penal” n. 10-40, Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1987. (disponível em: <http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/ALESSANDRO%20BARATTA%20Principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf>).

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2006

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte geral, vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BLASI NETTO, Frederico. *Prescrição Penal: Manual prático para entendê-la e calculá-la*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Novas Regras sobre Prescrição Retroativa: Comentários Breves à Lei 12.234/2010*. Boletim IBCCRIM. Ano 18, nº 211 – Junho de 2010.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Vol. III. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. ICPC; Lumen Juris, 2007.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal - Parte Geral*. 6ª ed. Vol. 1. Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CRISTO, Alessandro. *Projeto de lei dá fim à prescrição retroativa*. Valor Econômico, São Paulo, out. 2007.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 3ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*, 26ª ed., Petrópolis: Ed. Vozes, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

FREITAS, Jayme Walmer. *Lei 11.596: o legislador e seus equívocos sem fim*. Revista Jusvigilantibus, março de 2008. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/32318>.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4ª ed. Vol. 1, Tomo II. São Paulo: Max Limonad, 1972.

GUARAGNI, Fábio André. *Prescrição Penal e Impunidade*. Curitiba: Juruá, 2008.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Prescrição Penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Prescrição retroativa – a favor ou contra?*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jan. 2008. Disponível em: <[www.damasio.com.br](http://www.damasio.com.br)>.

LOZANO JÚNIOR, José Júlio. *Prescrição penal*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARQUES, J. C. Azevedo. *Prescrição Penal*. São Paulo: RT, 1943.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 1996.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal. Parte Geral VI*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Diego Ramos. *Prescrição retroativa antecipada: Evidente hipótese de carência de ação em decorrência da ausência do interesse de agir*. Monografia de Graduação, UNISUL, Tubarão, 2008.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. V.1, 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial*. 3ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

PORTO, Antônio Rodrigues. *Da Prescrição Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 3ª Ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006

PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Da Prescrição Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. *Extinção da Prescrição Retroativa Anterior ao Recebimento da Denúncia*. Boletim IBCCRIM – Ano 18 – nº 211 – JUNHO/2010.

SILVA, Robson Antônio Galvão da; e LAUFER, Daniel. *Prescrição: alteração trazida pela Lei nº 11.598/2007*. Boletim IBCCRIM – ANO 15 – Nº 183 – FEVEREIRO – 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro V.1*. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas*, Rio de Janeiro: Editora Revan, 1991.