

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO
NARA NÚBIA TEIXEIRA DE MOURA

LEI Nº 12.234/2010 E AS ALTERAÇÕES NA PRESCRIÇÃO RETROATIVA
NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profª Msc. Priscilla Placha Sá

Curitiba
2011

TERMO DE APROVAÇÃO

NARA NÚBIA TEIXEIRA DE MOURA

**LEI Nº 12.234/2010 E AS ALTERAÇÕES NA PRESCRIÇÃO RETROATIVA
NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

PRISCILLA PLACHA SÁ
Orientadora

ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO
Primeiro Membro

CLARA MARIA ROMAN BORGES
Segundo Membro

AGRADECIMENTOS

À minha família, por sua capacidade de acreditar e investir em mim. Mãe, seu cuidado, dedicação e força deram a esperança para eu seguir. Pai, sua presença significou segurança e certeza de que não estou sozinha nessa caminhada.

Aos amigos que fiz durante o curso, meu especial agradecimento pela verdadeira amizade que construímos e, em particular, aqueles que estavam sempre ao meu lado em todos os momentos difíceis durante esses cinco anos. Sem vocês essa trajetória não chegaria ao fim.

À minha orientadora, professora Priscilla Plachá, pela disponibilidade e pelos ensinamentos os quais foram fundamentais à concretização do presente trabalho.

Por fim, agradeço a todos os professores do curso de direito, pela paciência, dedicação e ensinamentos disponibilizados nas aulas, pois todos de alguma forma contribuíram para a conclusão desse trabalho e conseqüentemente para minha formação profissional.

“Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já tem a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos.”

Fernando Pessoa

RESUMO

O presente trabalho debruçará centralmente seus estudos acerca do instituto da prescrição penal. Necessariamente, far-se-á uma análise sobre o direito de punir estatal e sua evolução histórica, passando pelos conceitos de pretensão punitiva e punibilidade. A prescrição, como tema central, será avaliada a respeito de sua natureza jurídica, fundamentos e efeitos, estabelecendo-se, ainda, as espécies de prescrições previstas na legislação pátria, como também a importante construção da prescrição retroativa antecipada ou virtual. Assim, tem-se o escopo de melhor compreender esse importante tema, de notória importância no sentido em que se mostra como circunstância limitadora do poder punitivo do Estado, a que todos estamos sujeitos. Como meios metodológicos, foram realizadas pesquisas em obras bibliográficas, artigos na internet e legislações variadas, dentro e fora do Brasil, com intuito de bem desenvolver o raciocínio à conta do tema que se propôs a debater. Com efeito, pode-se concluir que a prescrição atua como causa que extingue a pretensão punitiva do Estado, e não propriamente o poder de punir, como prega de forma maçante a Doutrina. A rigor, pode-se afirmar ser uma causa extintiva da punibilidade, uma vez que impossibilitará o estabelecimento da relação jurídico-penal entre o Estado e o criminoso. Além disso, este trabalho faz considerações acerca da Lei nº 12.234/2010, que exclui do ordenamento jurídico o controverso instituto da prescrição retroativa. Essa lei não extinguiu totalmente a prescrição retroativa, mas somente a possibilidade de que esta seja operada entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou queixa.

Palavras-chave: direito de punir; pretensão punitiva; extinção da punibilidade; prescrição retroativa; Lei nº 12.234/2010

ABSTRACT

This work will focus its studies on institution of criminal prescription. Necessarily, it will make an analysis of the right to punish of the State and its historical evolution, through the concepts of punitive pretension and criminality. The prescription, as a central theme, will be treated as to its legal nature, motives and purposes, taking also the species of prescription contemplated by Brazilian's laws, as well the important construction of the retroactive prescription. So, there is scope to better understand this important subject, of really importance in the sense that it shows how condition limiting the punitive power of the state, that all have to respect. As a means methodological, research was carried out in literature and articles on the internet, aiming to develop reasoning about the theme that we proposed to discuss. This work concluded that the prescription works as a cause that extinguishes the punitive pretension state, and not exactly the power to punish, how defends the doctrine. It is a cause of criminality extinctive once that it will preclude the establishment of the relation of the process between the state and criminal.

Besides, this work aimed to evaluate the grounds of prescription and effective retroactive changes introduced by Law nº 12.234/2010, which has excluded the controversial issue of the retroactive statute of limitation from a legal system. That law did not ban the retroactive statute of limitation as a whole, but merely the possibility that not take may place during the period between the fact and the acceptance of the indictment or complaint.

Keywords: right to punish; punitive pretension; extinction of punishment; retroactive statute of limitation; Law nº 12.234/2010.

SUMÁRIO

1.	Introdução	1
2.	Prescrição Penal	
2.1	Conceito de prescrição	3
2.2	Histórico e evolução da prescrição no direito penal.....	5
2.3	Dos fundamentos penais da prescrição.....	9
2.4	O direito de punir do Estado	16
2.5	Tempo, prescrição e impunidade.....	20
3.	Modalidades de prescrição penal	
3.1	Prescrição da pretensão punitiva.....	25
3.1.1	Prescrição da pretensão punitiva abstrata.....	27
3.2	Prescrição intercorrente.....	28
3.2.1	Prescrição retroativa	29
3.2.2	Prescrição retroativa antecipada	30
3.3	Prescrição da pretensão executória.....	31
4.	A prescrição retroativa no sistema jurídico brasileiro	
4.1	Breve excursão histórico da prescrição retroativa	34
4.2	Prescrição retroativa antes e depois da Lei nº 12.234/2010.....	36
4.3	Discussões sobre as alterações introduzidas pela Lei nº 12.234/2010	43
5.	Conclusão	47
	Referências	

1. INTRODUÇÃO

Com a prática da infração legal surge para o Estado o direito de punir o agente, ou seja, a punibilidade, que nada mais é do que a possibilidade jurídica de o Estado impor uma sanção ao autor do delito.

No entanto, o legislador estabelece uma série de causas que podem extinguir essa punibilidade, impossibilitando assim que o Estado venha a aplicar uma pena ao caso concreto, seja por não poder dar início ou termo à persecução penal, seja por não poder executar a pena aplicada em definitivo por meio de sentença condenatória.

O artigo 107 do Código Penal prevê as causas que podem extinguir a punibilidade do Estado, dentre elas, encontra-se prevista, no inciso IV, a prescrição como causa de extinção da punibilidade.

No atual ordenamento penal, tem-se como espécies da prescrição a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória, esta última que ocorre somente após haver trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

O presente trabalho tem por finalidade expor as principais características desse instituto denominado prescrição, em especial a modalidade da prescrição retroativa, expondo a sua razão de ser como uma das causas extintivas da punibilidade.

Além disso, serão expostas as circunstâncias históricas de surgimento, evolução e interpretação da prescrição retroativa no sistema jurídico penal pátrio, explicitando, ainda, os aspectos práticos para seu reconhecimento.

Para tanto, tem-se como necessário abordar os aspectos gerais da prescrição, analisando seu conceito, fundamentos, sua origem história, além de sua ligação com o tempo e a impunidade.

Serão analisadas a natureza jurídica e as diversas espécies de prescrição que estão presentes no nosso ordenamento jurídico.

Vencidas as fases acima dispostas, faz-se necessária a análise do instituto da prescrição retroativa que, em 5 de maio de 2010, foi revogada através da Lei nº 12.234, ademais, esta lei alterou os artigos 109 e 110 do Código Penal. Com essas alterações, não se pode mais aplicar a prescrição punitiva retroativa entre a data do fato e o recebimento da denúncia.

Por fim, vale dizer que essa modalidade de prescrição, que é uma criação do Direito brasileiro e tema de direito material, recebeu críticas ao longo de sua história e será analisada mais profundamente no presente trabalho.

2. PRESCRIÇÃO PENAL

2.1. CONCEITO DE PRESCRIÇÃO

A prescrição determina a caducidade do direito do Estado, pelo decurso do tempo, em exercitar a pretensão punitiva (antes de a sentença penal transitar em julgado) ou a pretensão executória (depois de a sentença penal transitar em julgado). Manzini aduz que a prescrição constitui uma renúncia o qual é feita de maneira preventiva e legislativamente pelo Estado e “determinada por la fuerza deleterea del tiempo a hacer valer la pretención punitiva contra um determinado individuo, inculpado de um delito”¹

Assim, o Estado estabelece critérios limitadores para o exercício do direito de punir e, levando em conta a gravidade do delito e sua correspondente sanção, fixa um lapso temporal dentro do qual o Estado estará legitimado a aplicar ou não cumprir a sanção penal adequada. Portanto, se não for exercido esse direito, a prescrição faz desaparecer o *ius puniendi* que o Estado mantém como sua prerrogativa absoluta.

A partir disso, a prescrição tem termo inicial antes de transitar em julgado a sentença final e após a sentença condenatória irrecorrível. Estes termos estão dispostos nos artigos 111 e 112 do Código Penal.

Termo inicial da prescrição antes de transitar em julgado a sentença final

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

I - do dia em que o crime se consumou;

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

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

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

Termo inicial da prescrição após a sentença condenatória irrecorrível

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

I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;

¹ VINCENZO MANZINI. *Tratado de Derecho Penal*. vol. V, Buenos Aires: EDIAR, 1948-57. p. 150

II - do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.

Ademais, a prescrição pode ser considerada como meio de garantia de uma estabilidade social, ou seja, esse instituto tem o escopo de evitar a existência de situações pendentes por um longo período de tempo²

De maneira geral, os doutrinadores pouco discordam ou até mesmo inovam quanto ao conceito de prescrição, pois sempre se utilizam dos mesmos termos.

Há de se ressaltar que o instituto da prescrição é extremamente significativo no Direito Penal, pois esse gera a extinção da punibilidade, ou seja, desaparece o poder de punir do Estado em relação a fatos fixados como crimes ou fatos que estão previstos na lei (artigo 107 do Código Penal).

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

I - pela morte do agente;

II - pela anistia, graça ou indulto;

III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV - **pela prescrição**, decadência ou preempção;

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

VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;

VII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005);

VIII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005);

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

(grifos nossos)

O rol de causas de extinção da punibilidade não se limita apenas ao artigo supracitado, pois há várias outras causas extintivas de punibilidade descritas na Parte Especial do Código Penal e em demais leis esparsas.

Importante ressaltar que para alguns autores, a prescrição é matéria de direito material, mas para outros, tal instituto é matéria de direito processual, mas há os que consideram a prescrição como instituto jurídico de natureza mista, pois essa tem caráter formal e material³. O ordenamento jurídico brasileiro tem a prescrição como instituto de direito material, regulado, portanto, pelo Direito Penal. Ademais, tal instituto é de ordem pública e deve ser decretada de ofício, seja a requerimento do Ministério Público quanto do interessado. Ainda, declara-se a prescrição em qualquer fase do processo e o

² MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. *Prescrição Penal*. São Paulo: Atlas, 1997.p.17.

³ MESQUITA JÚNIOR. *Ibidem*. p. 18

juiz não poderá enfrentar o mérito quando tal ocorrer, ou seja, é uma preliminar de mérito⁴.

2.2. HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DA PRESCRIÇÃO NO DIREITO PENAL

A prescrição penal, conforme visto, é um dos modos de extinção da punibilidade pelo decurso do tempo.

Considerado como um tema controvertido, a prescrição se moldava conforme os costumes e a cultura de cada povo, pois esses determinavam os parâmetros a fim de que fosse aceito o decurso do tempo como forma de libertação do criminoso a imposição de qualquer sanção.

O instituto da prescrição era conhecido no Direito Grego, porém só se tem notícia sobre tal no Direito Romano com a previsão estabelecida na *Lex Julia de Adulteris*, datada do século VIII a.C., que estabelecia o prazo prescricional de cinco anos para os crimes nela previstos, quais sejam adultério, estupro e lenocínio.⁵ Tal instituto, no entanto, foi estendido a outros delitos com o decorrer do tempo, à exceção do crime de parricídio, limitando a pretensão punitiva aos prazos estabelecidos em lei.

As razões romanas eram pautadas na ideia de purificação e redenção do homem em decorrência do transcorrer temporal, sendo que o prazo de cinco anos estava justamente atrelado às festas quinquenais lustrais e festejos religiosos de purgação e perdão.⁶ Posteriormente, por influência da teoria civilista, tais razões foram baseadas na inércia estatal para o exercício da atividade punitiva modificando de maneira significativa os prazos prescicionais romanos que foram estendidos para 20 (vinte) anos, mantendo-se a imprescritibilidade de determinados delitos.

O processo de desenvolvimento do instituto da prescrição ocorreu de maneira lenta, durante séculos, tendo sido admitida no Direito Germânico e

⁴BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, volume 1: parte geral*. 13 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 728.

⁵JAWSNICKER, Francisco Afonso. *Prescrição Penal Antecipada*. 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2010. p. 42.

⁶FERRARI, Eduardo Reale. *Prescrição da Ação Penal: Suas causas suspensivas e interruptivas*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 2.

adotada em outros povos sempre com o objetivo de não permitir sua incidência nos crimes mais graves.⁷

Na Idade Média, apareceu à tendência de redução dos prazos prescricionais, o que provocou uma reação e trouxe como resultado uma difícil ocorrência do instituto, com isso, a redução dos prazos prescricionais provocou grande crítica ao instituto, ficando ameaçada a sua experiência, por isso, tentando evitar que o instituto desaparecesse resolveu-se por aumentar os prazos prescricionais, tornando mais escasso o uso da prescrição como forma de não punição do criminoso.

A prescrição, na Itália, por exemplo, ocorreu uma relevante ampliação da aplicação dos prazos prescricionais por parte dos juristas, o que gerou grandes reações, sobretudo relacionadas aos crimes de maior gravidade. Cesare Beccaria entendia que

a prescrição não deveria existir em relação aos crimes atrozés, pois representa negação de que a todo delito corresponderia uma pena como consequência necessária e inevitável. Seria assim, para o nobre pensador, um prêmio à impunidade e um incentivo aos crimes alarmantes a abalar a comunidade, deixando-a em situação de defesa.⁸

Destaca-se que a prescrição mencionada até aqui se refere à pretensão punitiva, sendo que a prescrição executória apareceu somente no Código Penal francês datado de 1971, que foi formada nos princípios elaborados pelo novo regime surgido com a Revolução Francesa.

De maneira geral, as modernas legislações preveem as duas modalidades de prescrição (pretensão punitiva e executória), diferenciando-se em relação aos requisitos prazos, efeitos, dentre outros⁹. Tais modalidades de prescrição serão explicadas com mais detalhes no decorrer do presente trabalho.

No Direito brasileiro, tem-se a notícia histórica da prescrição na legislação pelo Código de Processo Criminal de 1822 e por leis posteriores.

⁷SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Da prescrição penal: de acordo com as leis nºs 9.268/96 e 9.271/96: doutrina, prática, jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 34

⁸BECARIA, Cesare. Apud. FERRARI, Eduardo Reale. Op. cit. p. 6.

⁹JAWSNICKER, Francisco Afonso. Op. cit. p. 43.

Consideravam-se prazos maiores para os crimes inafiançáveis e menores para os crimes afiançáveis.

No Código Criminal dessa época, os prazos prescricionais variavam entre um, três, seis e dez anos. Vale dizer que a pretensão executória não se sujeitava à extinção da punibilidade.

Como fundamento do instituto da prescrição, o legislador brasileiro baseava-se na presunção da negligência do Poder Público no exercício de punir o ato delituoso em concreto.

A prescrição tornou-se mais rigorosa com o advento da Lei nº 261/1841 e do Regulamento nº 120/1842, pois se estabeleceu um prazo único de 20 anos.

Já o Código Penal de 1890 reconheceu 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.¹⁰

No contexto do referido Código, característica aplicável às duas prescrições – da “acção” e da “condenação” – encontrava-se no prazo prescricional, que tinha como base a pena imposta na sentença, sem qualquer indicação à pena abstratamente imposta para cálculo do prazo. Era a pena concretizada na sentença que valia para contagem do tempo. Como bem observa-se no artigo 85 do Código Penal de 1890, pode-se encontrar nas expressões “*Prescrevem em*...”*”a condenação que impuser...”* o exemplo claro de que a contagem do prazo prescricional tem como referencia a pena definida na sentença.¹¹

¹⁰ Artigos citados por SCHMIDT. Op. cit. p. 35.

¹¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Op. cit. p. 36, faz referência à íntegra do artigo 85 do Código Penal de 1890, o qual também se transcreve:

“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;

Entre outras especificidades do Código Penal de 1890, destaca-se a novidade introduzida no que diz respeito ao termo inicial para contagem do prazo prescricional. O código inicialmente trazia a data do crime como início do prazo. Só depois em 1918¹², por meio de mudanças processuais, passou-se a considerar que a data da denúncia tinha essa influência. Ademais, de forma diversa ao que dispõe hoje o Código Penal brasileiro atual (artigo 117), a reincidência do criminoso fazia interromper tanto a prescrição da “ação” quanto a prescrição da “condenação”.

A este diploma seguiu-se o Decreto nº 4780, de 1923 que incluiu a imprescritibilidade para alguns crimes, como, por exemplo, o da moeda falsa. Também houve 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”.

Nesta época, havia discussões a respeito do termo inicial do prazo prescricional, e se tal 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 prazo a partir da sentença condenatória até a data do trânsito em julgado da decisão¹³.

O referido decreto trouxe também alterações importantes que marcariam a legislação penal até os dias atuais. Observa-se também 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. Nesse sentido,

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.¹⁴

De maneira resumida, essas seriam as características gerais que marcaram as diversas leis no que se refere à matéria sobre prescrição até a

Em doze annos, a condemnação que impuser pena de igual natureza por tempo de oito annos; Em dezesseis annos, a condemnação que impuser pena de igual natureza por tempo de doze annos;

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

¹² SCHIMDT, Andrei Zenker. Op. cit. p. 36.

¹³ SCHIMDT, Andrei Zenker. Ibidem. p. 38.

¹⁴ BITENCOURT. Op. cit. p. 734.

edição do Código Penal de 1940, que corrigiu a denominação utilizada até então para denominar o instituto da prescrição. Passou-se a falar em prescrição da pretensão punitiva (antiga prescrição da acção) e prescrição da pretensão executória (antiga prescrição da condenação).

A base para contagem do decurso do tempo também 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. Lembra-se oportunamente que, diversamente dos códigos anteriores, a reincidência só faz interromper a prescrição da pretensão executória, e não da punitiva, conforme o artigo 117.

Em suma, com os Códigos Penais de 1890 e 1940 as duas modalidades de prescrição (da ação e da condenação) foram consagradas. O Código Penal vigente, de 1984, continua com tal disposição.

2.3. DOS FUNDAMENTOS PENAIIS DA PRESCRIÇÃO

Existem diversas teorias e justificativas que visam fundamentar a existência da prescrição penal.

Observa-se a partir da leitura de algumas dessas que uma parte da doutrina baseia-se na necessidade da existência da prescrição penal em argumentos de cunho processual, pois existe o enfraquecimento do material probatório conforme o decurso do tempo, o que resulta em um juízo sem a certeza suficiente para a condenação. Um exemplo disso, é o caso da menina Rachel Genofre que, em 2008, desapareceu pouco depois de sair da escola e seu corpo foi encontrado dias depois dentro de uma mala, na rodoviária de Curitiba, com sinais de estrangulamento e violência sexual. A polícia do Paraná adotou um procedimento padrão após a morte da menina que era fazer exames de DNA em todo acusado de pedofilia que fora preso. Desde então, quase 100 exames foram realizados e não se chegou a um resultado positivo. Além disso, vários outros fatores resultaram no enfraquecimento das provas e

conforme o tempo passa, a possibilidade de não se encontrar o assassino só aumenta.

O esquecimento é um tema relevante para grande parte da doutrina, pois esses apresentam coincidências ao elaborar justificativas para a prescrição no Direito Penal. Vários autores¹⁵ entendem tal tema como justificação devida à prescrição. Inclusive, 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.

Uma crítica possível é que o esquecimento não apagaria marcas produzidas pela memória, mas antecederia à própria inscrição, impedindo sua fixação¹⁶. Outra crítica tem como base o fato de que é a recordação social do crime que estabelece a execução da pena e não o crime em si.¹⁷ No entanto, ocorre que a pena é um mecanismo de construção social e não há razão em sua execução ser desligada do fato criminoso, já que não se pode pensar que uma sanção seja imposta quando socialmente desnecessária, podendo, portanto, tal teoria ser admitida como fundamento pertinente à existência do instituto da prescrição.¹⁸

Outro tema é o 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, a pena perde 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.¹⁹

A prescrição é ‘fato jurídico’ dado a um fato natural (o decurso do tempo) e o esquecimento dado pelo tempo é fenômeno reconhecido na sociedade²⁰. Além disso, o poder-dever de punir tem como justificativa a necessidade do exemplo. Quando desaparece a necessidade de punir devido o

¹⁵PORTO cita alguns autores como Villeret, Lucchini, Luigi D’Antonio, Girolamo Penso, Ortolan e Manzini. PORTO, Antonio Rodrigues. *Da Prescrição Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p.14

¹⁶FRANCO FERAZ, Maria Cristina. Apud. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 170.

¹⁷GALVÃO DA ROCHA, Fernando A. N. *Direito Penal: Curso Completo. Parte Geral*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 882.

¹⁸GALVÃO DA ROCHA. Idem.

¹⁹GOMEZ, Eusébio. Apud Porto, Antonio Rodrigues. *Da Prescrição Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 14.

²⁰GOMEZ, Eusébio. Apud Porto. Idem.

esquecimento, não se justificaria a perseguição do criminoso. Assim, o efeito exemplar da pena não mais existirá.

Alguns autores ainda consideram que, dado um lapso temporal muito extenso, a reação social em relação ao delinquente 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.²¹

Essa tese, em primeira leitura, pode parecer provável. Porém, o que foi visto 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 norma de prescrição. 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 encontra-se nas constantes leis criadas de forma contingente apenas para acalmar o dito clamor social propalado por uma “justiça” baseada na retribuição. Muitas dessas leis provam-se, com o tempo, equivocadas, pois que acabam gerando mais violência. No entanto, não é o propósito do presente trabalho investigar o papel da mídia na formação de ideologias hegemônicas, de uma sociedade homogênea que pede por mais repressão. No entanto, negar não se pode que os casos referentes à prescrição sofrem verdadeira execução midiática, o que deturpa este instituto ao associá-lo à impunidade. E é justamente neste contexto que, muitas vezes, leis são criadas pelo legislativo.

Crimes graves do passado, como, por exemplo, o genocídio da Segunda Guerra Mundial, 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, do qual já se foi comentado, bem como ao da correção do delinquente. É, sem dúvida, o decurso do tempo o primeiro fator a

²¹ PORTO. Op. cit. p.15

propiciar possível recuperação e ressocialização daquele que cometeu um delito. Assim, declara-se sobre a recuperação do delinquente, que

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.²²

Observa-se 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 artigo 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. Concebe que a essência da prescrição sofreria alteração se houvesse acréscimo de outro elemento, a emenda do culpado, por exemplo, além do decurso do tempo e de não exercício do poder punitivo do Estado. Isso seria uma “espécie de perdão” e não mais da prescrição²³

Já para o pensamento da escola positiva, cujos representantes foram Lombroso, Ferri e Garofalo, tratou o delito e o delinquente 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 deveria condicionar a pena. Os interesses sociais eram mais importantes que os individuais²⁴.

Existem outros momentos processuais em que se investiga e se avalia a conduta social do agente, atribuindo-lhe o juízo devido peso valorativo ao seu comportamento negativo/positivo. Exemplifica-se com a norma do artigo 59 do Código Penal, ou ainda a norma do artigo 117, inciso VI, do mesmo diploma legal²⁵.

²² NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. v. 1, 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 360

²³ PENSO, Girolamo. Apud. PORTO. Op. cit. 14-15

²⁴ BITENCOURT. Op. cit. p. 55

²⁵ O artigo 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 artigo 117, VI, indica a reincidência como causa interruptiva da prescrição. Ou seja, previsão

Ainda enumera-se o que seriam outros dois fundamentos jurídicos da prescrição: a expiação moral e a teoria psicológica.

Na expiação moral do criminoso ou do remorso, “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”²⁶. Esta teoria,

fundada no sofrimento moral, firma-se na convicção de que os remorsos, os sofrimentos sofridos pelo culpável ao longo do processo, são castigos suficientes. Impor uma pena a mais seria atentar contra o princípio *non bis in idem*. Surge, portanto, a ideia da compensação da pena pelo sofrimento, em face da aflição e da opressão havidas no transcurso do processo.²⁷

Tal teoria foi classificada como arbitrária e foi criticada, pois o sofrimento moral jamais seria suficiente para compensar a pena, ademais, seu objetivo nunca foi a aflição imposta ao denunciado no decorrer do processo.²⁸

Além disso, incide como crítica “ser a expiação duvidosa, falível e reversível. Adotar-se a expiação da culpa como fundamento da prescrição é ressurgir a hoje ultrapassada tese de que há por parte do preso, durante o transcorrer do processo, reflexão e meditação sobre o mal praticado”²⁹, não combinando com a crescente reincidência de pessoas já anteriormente condenadas.

Já a teoria psicológica, a mudança de perfil psíquico do acusado, em decorrência do lapso temporal, deve ser considerada relevante fazendo com que a aplicação da sanção imposta perca sua finalidade. Esse pensamento justifica-se pela crença de que, no decurso de seu julgamento, o criminoso que recebe a pena já não é o mesmo que cometeu o delito.

No entanto, tal teoria não considera o fato de que o transcurso do tempo pode ser tornado o acusado ainda mais disposto à necessidade de

legal já existe para afastar a incidência da prescrição caso não tenha havido recuperação do agente.

²⁶ PORTO, Op. cit., 1988, p. 17.

²⁷ PAULA MACHADO, Fábio Guedes de. *Prescrição Penal: Prescrição Funcionalista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 91

²⁸ PAULA MACHADO. Idem.

²⁹ FERRARI, Eduardo Reale. Apud. PAULA MACHADO, Fábio Guedes de. Op. cit. p. 92.

repressão penal, não podendo se presumir que as alterações psicológicas ocorridas tornem a pena desnecessária.³⁰

Essa teoria pode receber complemento da *teoria da emenda ou readaptação social*, para a qual não se pode acreditar somente na mudança psíquica do condenado, mas sim observar o fato de ele ter ou não se envolvido em outro fato delituoso no transcurso de seu julgamento. Caso não ocorra novo ato delituoso, desnecessária se faz a aplicação da pena em decorrência de sua recuperação. Tal preceito torna-se claro no artigo 117, inciso VI, do Código Penal, que observa a interrupção da prescrição da pretensão executória pela reincidência.

Há ainda autores que defendem a *teoria do transcurso do tempo ou do interesse diminuído* tem como base a simples ideia de que o interesse estatal de punição desaparece com o decorrer de do lapso temporal, ou seja, a inércia do Estado apagaria o sentimento de condenação do acusado. No entanto, essa teoria não torna claro o motivo pelo qual o decurso do tempo justifica o desinteresse estatal de punição.

Também existe a teoria da estabilização das situações jurídicas, o qual tem base na “necessidade de se considerarem consolidados os direitos e saneadas as situações anormais, quando transcorreu um tempo suficientemente grande”.³¹ Esse pensamento sucede da necessidade de a sociedade não conviver com a indefinição na aplicação das normas penais, não devendo subsistir, portanto, uma permanente incerteza quanto à responsabilidade penal do acusado³².

Há ainda a teoria da dispersão ou do desaparecimento das provas pela qual a perda do caráter substancial do material probatório traz a impossibilidade de uma sentença justa, ou seja, as provas relativas ao cometimento do delito ficam enfraquecidas e a instrução criminal esgota a possibilidade de formação de um juízo de certeza necessário para uma sentença condenatória o que torna escassa a defesa do acusado. Nesse sentido:

³⁰ FERRARI, Op. cit. p. 91.

³¹ FERRARI. Ibidem. p. 96

³² FERRARI. Idem.

Esta teoria eminentemente de natureza processual afirma que com o decorrer do tempo, sem a devida comprovação do crime e de seus elementos caracterizadores, as provas do delito se perdem ou enfraquecem, verificando-se sensível prejuízo para a acusação, mormente para a propositura da ação penal e da prolação da condenação. A defesa do acusado torna-se mais precária, sendo manifesta a larga probabilidade de erro.³³

Um caso criminal célebre foi o “Crime do Sacopã” no qual a vítima, o bancário Afrânio Arsênio de Lemos foi encontrado morto no interior de um automóvel em 1952. O motivo passional o qual teria determinado o homicídio teve repercussão nacional, abastecendo os meios de comunicação desde a descoberta do fato até o julgamento pelo Tribunal do Júri em 1954.

O acusado (Tenente Bandeira) jamais admitiu a autoria do crime. Foi condenado a partir de indícios. Bandeira foi condenado a 15 anos de reclusão, dos quais cumpriu metade da pena e, por intermédio de sua genitora, requereu e obteve o livramento condicional.

Quase vinte anos após a condenação, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu *habeas corpus* para declarar a nulidade do julgamento, mantendo, no entanto, a prisão decorrente da pronúncia, que era então obrigatória.

O advento da prescrição vintenária (a pronúncia é datada de 25/01/1953) extinguiu a punibilidade e impediu a realização do Segundo Júri. O réu não teve, por consequência, a possibilidade de recuperar muitos direitos que havia perdido em face da pronúncia. Não tendo sido absolvido, o Tenente Bandeira manteve-se no mesmo posto, embora tivesse recebido os soldos atrasados³⁴, mas talvez desejasse uma manifestação sobre o mérito da acusação que contra ele pesou gravemente.

Há de se considerar que o instituto da prescrição é resultado de uma preferência político-criminal que tem como escopo a preservação da legitimidade no exercício do direito de punir, na medida em que essa cessa a partir do instante em que sua inutilidade resta evidenciada.³⁵ Nesse sentido,

³³PAULA MACHADO. Op. cit. p. 96

³⁴DOTTI, René Ariel. *Casos criminais célebres*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 176 – 177.

³⁵GALVÃO DA ROCHA. Op. cit. p. 883.

insistir na pena para determinado crime, só porque é crime, e, como tal, deve ser punido, é criar, dentro do Direito Penal, uma contradição palpante entre seus fins teóricos e a efetivação prática desses fins.³⁶

Dessa forma, em um Estado Democrático de Direito, a existência do instituto da prescrição tem como base a falta de legitimidade para a realização prática punitiva.

Há de se observar que todas essas teorias citadas anteriormente são passíveis de críticas. No entanto, o fundamento da prescrição distingue-se de acordo com o posicionamento que assumir o autor quanto à “teoria da pena”, ou seja, sobre seu conceito de direito penal³⁷.

2.4. O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO

A pena, em sua origem grega, estava associada à ideia de vingança, ódio, retribuição destinada a compensar um crime, ou seja, expiação de sangue. Por conta disso é que a pena tem um de seus sentidos a ideia de retribuição³⁸

No Direito Romano primitivo, a pena era aplicada pela própria vítima ou com auxílio de pessoas da comunidade. Nessa época, a pena tinha cunho de defesa e preservação de interesses individuais, isto é, era uma tentativa de coibir os delitos. Assim, constituía a pena, aplicada mediante a vingança privada, uma espécie de “reação social contra ações antissociais”.³⁹

No entanto, em decorrência dessa vingança particular, a vítima não tinha condições de se restabelecer de forma isolada tanto moralmente quanto patrimonialmente e seu agressor não se sujeitava a sanções. Logo, prevalecia a lei do mais forte, com manifestações “inconvenientes, ora pelo excesso na

³⁶CARVALHO FILHO, Alloysio de. *Comentários ao Código Penal*, v.4, p.214-215. Apud. GALVÃO DA ROCHA, Fernando A. N. Op. cit. p. 883

³⁷ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 752.

³⁸ÉMILE BENVENISTE apud. MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Tradução Tadeu Antonio Dix Silva, Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 19.

³⁹PAULA MACHADO. Op. cit.p. 29.

retribuição da vingança, ora pelo início de novas violências, lutas estas de forma interminável”.⁴⁰

Com o passar do tempo surgiram limitações às sanções privadas e neste cenário, a exclusividade do Estado em punir foi legitimado como um recurso necessário à “*faihida*” – termo de origem germânica - no qual os familiares da vítima de um homicídio efetivavam o direito a vingança sobre o assassino ou seus familiares⁴¹.

Dessa maneira, o ente estatal estabelece um rol de violações à ordem jurídica que deveriam ser consideradas como infrações penais por atentarem contra os bens jurídicos mais preciosos a uma sociedade e determina suas sanções, exercendo o chamado direito de punir abstrato.⁴² Assim, uma vez que a lei ou mandamento da ordem jurídica foi atingido ou violado, o próprio Estado se incumbem de restaurá-lo mediante a aplicação da norma ditada.⁴³ Por exemplo, quando o juiz condena o réu por furto, ele está declarando, naquele caso concreto, o direito de punir do Estado. Se a sentença for absolutória, o juiz declara que o *jus puniendi*, naquele caso concreto, inexistente.

Percebe-se uma mudança radical na aplicação da pena, ou seja, o Estado assume o exercício do direito de punir, antes concedido à própria vítima e isto representa a grande mudança no que concerne ao poder de auto tutela, cabível aos próprios lesados. Isso tem reflexos, até mesmo, na conformação do próprio Estado, pois

à medida que fazem com que a vítima deixe de ter um papel central na solução do conflito penal identificam-se, principalmente, com a assunção do Estado, do poder punitivo. O declínio da vítima no sistema penal com o nascimento do Estado e do direito penal como instituição pública: o direito penal estatal surge exatamente com a neutralização da vítima. O Estado assume o controle absoluto do *jus*

⁴⁰PAULA MACHADO. *Ibidem*. p. 32.

⁴¹PAVARINI, Massimo e GIAMBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 157.

⁴²JAWSNICKER, Francisco Afonso. *Prescrição Penal Antecipada*. 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2010. p. 33

⁴³MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 27.

puniendi, convertendo-se no exclusivo detentor do monopólio da reação penal.⁴⁴

Nesse sentido, Aury Lopes Junior sustenta que isso representa o fortalecimento do poder estatal, pois, o Estado,

consciente dos perigos que encerra a autodefesa, assume o monopólio da justiça, ocorrendo não só a autodefesa, assume o monopólio da justiça, ocorrendo não só a revisão da natureza contratual do processo, senão a proibição expressa para os particulares de tomar a justiça por suas próprias mãos. Frente à violação de um bem juridicamente protegido, não cabe outra atividade que não a invocação da devida tutela jurisdicional.⁴⁵

Isso fundamenta a existência de princípios que atuem como “freios ou limites que resguardem os invioláveis direitos fundamentais do cidadão.”⁴⁶ Isto é, são medidas essenciais ao estabelecimento de limitação da repressão legal e, por consequência, também a atuação estatal.

Seguindo essa mesma lógica de justificação do instituto que ora fora apreciada, acrescenta-se o argumento de autores que acreditam ser a prescrição uma “importante – senão a única efetiva - causa propulsora da movimentação processual”⁴⁷. Diante desta afirmação, nada cômodo é reconhecê-la provável. Nessa perspectiva, num sistema penal que não se admitisse a prescrição, veria transcorrer os processos com morosidade, sem prazos definidos, o que parece ser um ambiente ainda mais acolhedor às injustiças e a impunidade. Nesse sentido, ao reforçar o importante papel da prescrição para promover movimentação processual:

O instituto da prescrição, (...) possui 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

⁴⁴SCHMIDT DE OLIVEIRA, Ana Sofia. *A vítima e o Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 33

⁴⁵LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 1 v. 5 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 23

⁴⁶BITENCOURT. Op. cit. p. 09

⁴⁷SILVA, Robson Antônio da; LAUFER, Daniel. *Prescrição: alteração trazida pela lei nº 11.596/2007*. Boletim IBCCRIM – Ano 15 – nº 183 – Fevereiro/2008.

prescricional, sem restringir, evidentemente, os direitos da defesa. (grifos nossos)⁴⁸

O Estado, mostrando-se inapto para julgar e punir dentro dos prazos legalmente previstos, não encontra fundamentos jurídicos nem sociais que justifiquem tomar para si poder absurdamente grande a ponto de perseguir por tempo indeterminado um cidadão. Isso mostra que a inércia do poder estatal representa o seu desinteresse quanto à punição não podendo ser o acusado responsabilizado por uma justiça criminal intempestiva e negligente, tendo o direito de ser julgado em um prazo razoável. Assim, é crucial que tal preceito seja efetivamente cumprido para que o curso da ação não se desenvolva como um processo injusto e arbitrário. Por isso mesmo,

não é razoável prolongar o constrangimento ao criminoso, por delito cuja repercussão social vai exatamente diminuindo, pelo esquecimento em que envolve o tempo transcorrido.

Ainda que a situação de insegurança pessoal, admitamos, mesmo, de intranquilidade, em que vive o criminoso, enquanto corre a prescrição, esteja longe de igualar, como sofrimento, à pena – porque afinal, antes a liberdade sob riscos ou temores -, é indiscutível que o Estado, retardando ou descuidando o exercício da punição punitiva, não tem o direito de alongar aquela situação, como seria, indefinitivamente, se lhe fora imposto um termo legal, pela prescrição⁴⁹

O Estado não poderá se afastar de punir, mas deve fazê-lo respeitando os princípios constitucionais e os direitos humanos, ou seja, deve o Estado, antes de tornar efetiva sua pretensão de punir, colocá-la em confronto com os direitos de liberdade daquele contra quem vai exercer o *jus puniendi*⁵⁰.

Ademais, a ideia de limitação ao direito de punir estatal encontra respaldo na Constituição de 1988, nos próprios direitos e garantias fundamentais ali contidos. Assim, o poder punitivo do Estado encontra-se barreiras nos preceitos constitucionais estabelecidos como direitos e garantias

⁴⁸SHOLZ, Leônidas Ribeiro. Apud. DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Extinção da Prescrição Retroativa Anterior ao Recebimento da Denúncia*. Boletim IBCCRIM – Ano 18 – nº 211 – Junho/2010, p. 10.

⁴⁹SOLER, Sebastian. *Derecho Penal Argentino*. 5 v. Buenos Aires: Tipográfica, 1951. p. 510.

⁵⁰MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 25.

individuais, especialmente, naqueles que asseguram a intangibilidade do *jus libertatis* titularizado pelo réu.

Ressalta-se que a ampla defesa e o contraditório, a necessidade de um processo que observe o devido processo legal, a ideia do juiz natural, o princípio da presunção de inocência, além de muitos outros direitos assegurados pela Lei Maior representam algumas dessas medidas de contenção do jus puniendi do Estado.

Em suma, o presente trabalho não tem como escopo tratar de maneira exaustiva o tema do direito de punir do Estado, mas sim apenas apontar que este direito nasce juntamente como o Estado e que não pode ser exercido fora dos limites previstos no sistema jurídico pátrio.

2.5. TEMPO, PRESCRIÇÃO E IMPUNIDADE.

O decurso do tempo tem efeitos relevantes no ordenamento jurídico, pois “tudo passa um dia. Há de passar, também, e ser esquecida, a ameaça do Estado pelo delinquente. Nem o ódio dos homens costuma ser invariavelmente implacável e irredutível”.⁵¹ Tal afirmação expõe a necessidade de o Direito Penal ter que realizar o *jus puniendi* em determinado espaço de tempo, sob pena de perder o seu objetivo.

Nesse sentido, faz-se necessária uma ligação entre Direito Penal e Filosofia, pois àquele opera um corte com o tempo, isto é, quanto mais dilatados forem os prazos, maiores são as chances do Estado prender e punir, porém, pode essa dilatação atingir um paroxismo quando algumas infrações lançam-se na qualidade jurídica de imprescritíveis. Assim, o Direito Penal cria uma ficção de que, em determinadas situações, o decurso do tempo não tem existência⁵².

O tempo diferido do processo é necessário para aplacar o impulso mortífero imediato e esta distância mínima poderá fazer surgir o critério do justo. Entretanto, este tempo não pode se eternizar, logo, tem-se a

⁵¹GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. Vol. I, Tomo II. 7 ed. Coord. Maira Rocha Machado; Denise Garcia. São Paulo, 2008. p. 369.

⁵²COSTA, José de Faria. *Linhas de Direito Penal e Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra; Coimbra Editora, 2005. p. 178.

necessidade de uma precisa definição legal dos limites temporais da perseguição penal, pois se não existisse “todas as infrações criminais, da mais simples injúria, do mais simples furto ao mais hediondo homicídio qualificado ou ao inominável genocídio, seriam, em qualquer circunstância, sempre imprescritíveis.”⁵³ Assim, é de interesse do Estado que os processos criminais tenham um tempo cômputo, pois o tempo deve definir os parâmetros do alarme ou clamor social provocado pelo tipo de comportamento, pela dificuldade ou complexidade da matéria ou até pela novidade da infração em causa que, por isso mesmo, pode acrescentar certo perigo ao material probatório.⁵⁴

A maioria dos penalistas admite o instituto da prescrição, porém, Antonio Rodrigues Porto, inclui alguns autores com o pensamento que a não aplicação da pena devida ao agente tem como efeito a impunidade, mesmo que já se tenha transcorrido um determinado tempo sem a manifestação do Estado. Jeremy Bentham, Cesare Beccaria e Heinrich Henkel não admitiam a prescrição da pretensão punitiva, nem a prescrição da pretensão executória, pois acreditaram 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”.⁵⁵

Vale ressaltar a argumentação de Cesare Bonesana, o marquês de Beccaria, sobre uma exceção a previsão da prescrição:

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)⁵⁶

O autor 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.

⁵³ COSTA, José de Faria. *Ibidem*. p. 180

⁵⁴ COSTA, José de Faria. *Ibidem*. p. 185

⁵⁵ PORTO. *Op. cit.* p. 13.

⁵⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Ed; Martin Claret, 2006, p. 43 e 44.

A linha político-legislativa, no atual contexto cultural do pensamento jurídico, considera as infrações criminais prescritíveis, porém isso não impede que, por exemplo, nos casos de crimes de gravidade extrema, a impossibilidade de esquecimento apareça e surjam argumentos sobre imprescritibilidade.⁵⁷ Sobre isso, faz-se necessário mencionar que, embora a prescrição punitiva ou executória do Estado seja aplicada à todos os tipos penais, a Constituição da República de 1988 prevê duas hipóteses de imprescritibilidade que estão dispostas no artigo 5º, incisos XLII e XLIV

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

(...)

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

(...)

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

Também há de se ponderar que devam existir normas os quais contemplem a definição legal de prescrição do procedimento criminal, ou seja, em um momento da perseguição criminal não pode ser deixado à pura ausência de normatividade. Também existe a discussão se deve haver ou não crimes imprescritíveis. Crimes sobre os quais o Estado, a comunidade ou até mesmo as vítimas afirmem um desejo e um interesse em perseguir e punir os eventuais culpados até à morte destes.⁵⁸

Considerando a prescrição como causa de impunidade, “a lei penal é primacialmente de interesse público, e, por corolário, que, uma vez violada, a efetivação das penas interessa à coletividade mais do que aos ofendidos pelo crime.”⁵⁹

Assevera-se sobre o enfrentamento da problemática da prescrição que desafia a própria eficiência do Direito Penal, *in verbis*:

⁵⁷COSTA, José de Faria. Op. cit. p. 183

⁵⁸COSTA, José de Faria. Op. cit. p. 181.

⁵⁹MENDES DE ALMEIDA, J. Canuto. *Processo Penal. Ação e Jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 110.

As questões acerca da eficiência do Direito Penal, da pena e da não punição e suas causas de extinção, v.g. a prescrição penal, não podem ser compreendidas num contexto isolado, mas dentro da própria legitimidade do Direito Penal, hoje tão questionada e guerreada devido ao aumento empírico da criminalidade e da incapacidade do Estado em combatê-la.”⁶⁰

Há autores que não consideram a incidência da prescrição como um prêmio para o réu no que poderia servir de exemplo o já citado caso do Tenente Bandeira. O interesse público deve orientar a conveniência dos prazos prescricionais, segundo alguns. Veja-se:

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.⁶¹

A partir dessa perspectiva, o instituto da prescrição não se propõe como um benefício do réu, um facilitador da impunidade ao impedir o Estado de perseguir o criminoso. Entende-se melhor a partir da letra do texto constitucional, que estabelece, em 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.

Parece ser mais adequado, pela leitura do artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, ser o limite temporal direito do cidadão, mas jamais um prêmio ao agente supostamente criminoso.

Ademais, é a racionalidade das decisões políticas que estabelece as formas de atuação do Estado em matéria criminal, escolhendo condutas e valores, bens jurídicos tutelados e meios de punição; tudo isso pensado a partir da concretude e viabilidade de um sistema específico. Não terá efeito a proposição legal de formas drásticas de repressão se sua aplicação fática é inviável e não pode ser absorvida pela jurisdição. Nesse sentido, entende-se

⁶⁰MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Prescrição Penal: prescrição funcionalista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 139

⁶¹MARQUES, J. C. Azevedo. *Prescrição Penal*. São Paulo: RT, 1943

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”.⁶²

A resposta jurisdicional é dada ao se condenar ou ao se absorver o acusado, bem como com o reconhecimento de que o prazo legal para submissão do suspeito à investigação processual já foi absolvido pelo decurso do tempo.

Ocorre que a demora do Judiciário, quando desmedida, não pode estigmatizar o acusado em eterno suspeito, não apresentando à ele uma resposta devida, ou seja, “esse direito que se denomina *pretensão punitiva*, não pode eternizar-se como uma espada de Dâmocles pairando sobre a cabeça do indivíduo”⁶³. Ainda, a prescrição nasce 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 para sempre.

Para finalizar, há de se ressaltar que a realidade do sistema prisional e processual brasileiro, por certo, não permitiria estender infinitamente os processos quando não há estrutura suficiente para a resolução adequada dos conflitos. O tempo aqui 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.

⁶²NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. v. 1, 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 358.

⁶³BITENCOURT. Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. v.1. 13ª ed. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 728.

3. MODALIDADES DE PRESCRIÇÃO

O instituto da prescrição, em matéria penal, é tratado como matéria de ordem pública e atinge o poder punitivo do Estado antes ou depois da condenação, extinguindo a punibilidade do fato⁶⁴

Praticado o delito, nasce a punibilidade, isto é, o Estado passa a utilizar-se dos meios próprios para iniciar a persecução penal, que irá terminar na aplicação da pena. Dessa forma, até o trânsito em julgado da decisão, o Estado possui apenas uma pretensão punitiva.

Transitada em julgado a decisão que condenar o réu, o Estado terá satisfeita sua pretensão punitiva, passando a buscar a execução da sentença, sendo essa fase denominada de pretensão executória.

Portanto, a prescrição penal poderá ser concretizada antes do trânsito em julgado da decisão, ou após a ocorrência deste.

3.1. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

Esta modalidade prescricional verifica-se antes do trânsito em julgado da sentença final e “acarreta a perda, pelo Estado, da pretensão de obter uma decisão acerca do crime que imputa a alguém”⁶⁵. De modo geral, seu reconhecimento se dá baseado na pena máxima abstratamente cominada ao delito (prescrição abstrata), no entanto, é possível que a prescrição anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória esteja baseada na pena concreta (prescrição superveniente e prescrição retroativa)⁶⁶

Importante ressaltar que a prescrição da pretensão punitiva, por ser uma causa extintiva da punibilidade que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença final, essa deixa sem resolução o mérito sobre a questão discutida em juízo. Nessa situação “não chegou a consolidar-se um juízo positivo de

⁶⁴BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, parte geral, tomo 3º: pena e medida de segurança*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 142.

⁶⁵ZAFFARONI, Eugênio Raul. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro v. 1: parte geral*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 646.

⁶⁶PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal: doutrina: jurisprudência: conexões lógicas com vários ramos do direito*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 375-376

reprovação. Por isso, para o caso específico, a prescrição da pretensão punitiva não admite reconhecimento da culpabilidade e não gera futura reincidência”⁶⁷.

Dessa forma, extinta a punibilidade pela prescrição punitiva estatal e sentenciado retornará ao seu status de inocente em relação a todos os efeitos legais tanto principais, que na sentença condenatória é a fixação da pena (reclusão, detenção, restritiva de direitos, medida de segurança, multa) quanto acessórias, que podem ser penais (sursis, livramento condicional, lançamento de nome no rol de culpados, antecedentes, reincidência) ou extrapenais (genéricos e específicos previstos nos artigos 91 e 92 do Código Penal). Assim, apagam-se os efeitos da condenação como se o delito jamais tivesse sido cometido, sendo tal decisão, em seus efeitos penais, equiparada à declaração de inocência do autor do delito.

Nesse sentido, é pacífico o entendimento da jurisprudência:

CRIMINAL. RESP. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. RECONHECIMENTO EM SEGUNDO GRAU. PREJUDICADO O RECURSO DE APELAÇÃO. PLEITO DE JULGAMENTO DO MÉRITO DO RECURSO ANTES DE DECRETAR EXTINTA A PUNIBILIDADE. EFEITOS DA CONDENAÇÃO INEXISTENTES. RECURSO DESPROVIDO. I. Hipótese em que o Tribunal a quo decretou a extinção da punibilidade do réu pela prescrição retroativa, considerando prejudicada a apelação. II. **O réu beneficiado pela prescrição retroativa - forma de prescrição da pretensão punitiva - não terá seu nome lançado no rol dos culpados e tampouco será considerado reincidente, pois a sentença condenatória não subsiste para nenhum efeito.** III. Recurso desprovido⁶⁸. (grifos nossos)

Ademais, uma vez declarada a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal, não há qualquer diferenciação no resultado das consequências daquele que se alcançaria mediante decreto absolutório, posto que ambas as situações não são consideradas para efeitos da reincidência e, tampouco maus antecedentes, o que somente seria aceitável quando da prescrição da pretensão executória.

⁶⁷GALVÃO DA ROCHA. Op. cit. p. 886.

⁶⁸BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (5ª Turma). Recurso Especial 666325/CE. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Luiz da Silveira Filho. Relator: Des. Gilson Dipp. Brasília, 22 de março de 2003.

3.1.1 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ABSTRATA

Quando a prescrição da pretensão punitiva baseia-se na pena em abstrato, deve-se considerar, para efeitos de contagem do prazo prescricional, o limite máximo previsto para a pena privativa de liberdade cominada ao delito perpetrado (artigo 109 do Código Penal).

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.

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

A referência do mencionado artigo à pena máxima cominada ao delito justifica-se pelo fato de que, nesse momento processual (antes do trânsito em julgado da sentença final), ainda não se pode estabelecer o *quantum* de pena imposto ao acusado, ou seja, não há pena concretamente aplicada que possibilite a realização do cálculo de prazo necessário à incidência da prescrição. Diante disso, calcula-se o prazo prescricional com base no máximo de pena cominada ao delito pelo legislador, uma vez que essa poderia ter sido a pena aplicada pelo julgador em caso de decreto condenatório⁶⁹

Para que a pena máxima cominada seja apurada, devem ser consideradas (se existentes) suas causas de aumento e diminuição (gerais ou especiais), podendo elas estabelecer significativa alteração no limite da pena estabelecida no tipo penal incriminador. Por outro lado, “as circunstâncias

⁶⁹GALVÃO DA ROCHA. Op. cit. p. 888.

agravantes e atenuantes não são consideradas no cômputo do prazo de pretensão punitiva⁷⁰

Vale lembrar, no entanto, que por se tratar de matéria de interesse público, “se a causa de aumento ou de diminuição têm muitas variáveis, incide aquele que importa em maior aumento ou em menor diminuição, respectivamente”⁷¹

3.2. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

A prescrição intercorrente, também chamada de prescrição superveniente, configura-se como uma espécie de prescrição da pretensão punitiva baseada, no entanto, na pena *in concreto*. Essa é verificada após a ocorrência da prescrição condenatória recorrível e possui como pressuposto o trânsito em julgado da decisão condenatória para a acusação⁷².

Pode-se dizer que a expressão intercorrente justifica-se pelo fato de que a causa de extinção da punibilidade ocorre depois do decreto condenatório recorrível, mas antes da decisão condenatória definitiva, ou seja, com a pretensão punitiva ainda em curso⁷³. Tal espécie legal resulta de uma combinação dos artigos 109 e 110, parágrafo 1º do Código Penal, podendo ocorrer em dois casos: a) havendo trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação e b) resultando desprovido o recurso interposto pela acusação. Há de se ressaltar que caso o recurso de apelação seja provido, mas não haja elevação de pena ou essa não seja suficiente para alterar o prazo prescricional, também é possível o reconhecimento da prescrição superveniente⁷⁴.

Na primeira situação, na ausência de recurso de acusação, o Tribunal não poderá reformar a decisão com a intenção de agravar a situação do réu, por força do princípio que veda a *reformatio in pejus*, sendo que, dessa forma,

⁷⁰PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 1 v. Parte Geral: arts. 1º ao 120, 5 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 791.

⁷¹PRADO. Op. cit. 2005. p. 791.

⁷²GALVÃO DA ROCHA. Op, cit. p. 914 - 915.

⁷³ GALVÃO DA ROCHA. Idem.

⁷⁴ PRADO. Op. cit 2005. p. 797.

a pena aplicada torna-se parâmetro de contagem do prazo prescricional⁷⁵, sendo o termo inicial para a contagem do prazo da prescrição superveniente é o da publicação da sentença condenatória e o termo final é o trânsito em julgado daquela para a acusação e defesa⁷⁶. Do mesmo modo, em caso de improvimento do recurso da acusação, ainda que não verificado o trânsito em julgado da decisão, a pena aplicada regulará a prescrição em questão⁷⁷.

Há de se ressaltar que a prescrição intercorrente ganhou expressa previsão legal com a reforma penal de 1984, evidenciando a nítida preocupação jurisprudencial com as situações em que havia dificuldade de se efetuar a intimação do condenado sobre a ameaça prolatada, o que atrasava o trânsito em julgado da decisão⁷⁸.

Nesse sentido, já em 1961, a Súmula nº 146 do Supremo Tribunal Federal esclarecia que na ausência de recurso de acusação, a prescrição da ação penal regular-se-ia pela pena concretizada na sentença, sendo tal orientação receptada pela reforma de 1984, de modo que a extinção da punibilidade em casos em que o réu não era encontrado só foi possibilitada pela noção de trânsito em julgado para a acusação.

Prescrição da Ação Penal - Regulação - Pena Concretizada na Sentença - Recurso da Acusação

A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.

Por fim, “reconhecendo o tribunal a prescrição, a decisão proferida no acórdão é declaratória de extinção da punibilidade, e não condenatória”⁷⁹

3.2.1 PRESCRIÇÃO RETROATIVA

A prescrição retroativa, assim como a intercorrente, regula-se pela pena concretamente aplicada ao acusado e configura-se como modalidade da

⁷⁵ GALVÃO DA ROCHA. Op. cit. p. 915

⁷⁶ PRADO. Op. cit. 2005. p 796.

⁷⁷ GALVÃO DA ROCHA. Op. cit. p. 915.

⁷⁸ GALVÃO DA ROCHA. Idem.

⁷⁹ GALVÃO DA ROCHA. Ibidem.p. 916

prescrição da pretensão punitiva⁸⁰, sendo também prevista por uma combinação entre os artigos 109 e 110, parágrafo 1º, do Código Penal. As prescrições retroativa e intercorrente

assemelham-se com a diferença de que a retroativa volta-se para o passado, isto é, para períodos anteriores à sentença, e a intercorrente dirige-se para o futuro, ou seja, para períodos posteriores à sentença condenatória⁸¹

Isso significa dizer que no caso da prescrição retroativa “é necessário reavaliar se, entre os pontos interruptivos da contagem do prazo prescricional, ocorreu período suficiente para, com base na pena imposta, ser reconhecida a prescrição”⁸².

Quanto à competência para seu reconhecimento, ainda que alguns autores reconheçam a importância de uma corrente doutrinária estruturada com base em argumentos de economia processual, em sentido contrário, Zaffaroni e Pierangeli não concordam com o fato de a prescrição retroativa pode ser reconhecida pelo magistrado de primeiro grau, na medida em que, a prolação da sentença condenatória exaure sua jurisdição e o não provimento do recurso da acusação caracteriza-se como uma das condições para que seu reconhecimento seja concretizado⁸³.

Como objeto principal do presente trabalho, a prescrição retroativa será amplamente discutida no decorrer do quarto capítulo.

3.2.2. PRESCRIÇÃO RETROATIVA ANTECIPADA

A prescrição retroativa antecipada, também chamada de prescrição virtual ou em perspectiva, configura-se como uma espécie derivada da prescrição retroativa, de construção doutrinária e jurisprudencial, desprovida de regulamentação legal. Tal modalidade prescricional fundamenta-se

⁸⁰PRADO. Op. cit. 2005. p. 797

⁸¹BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 734.

⁸²GALVÃO DA ROCHA. Op. cit. p. 916.

⁸³ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI. Op. cit. p. 655-656.

no momento da denúncia ou das alegações finais, do máximo da pena aplicável na sentença criminal, válido como pena concretizada para contagem retroativa antecipada, com o pedido de arquivamento do inquérito policial ou de declaração judicial da extinção da punibilidade⁸⁴

Ressalta-se que essa modalidade prescricional impede a instauração ou prosseguimento de uma ação penal fadada ao fracasso, uma vez que desprovida de uma importante condição para a sua própria existência, qual seja, a punibilidade concreta.

Há várias discussões sobre essa modalidade, pois sua aplicação violaria princípios e garantias fundamentais⁸⁵

3.3. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

Com a prescrição da pretensão executória (ou da condenação) desaparece o direito de execução da sanção penal imposta. Transitada em julgado a sentença condenatória, a prescrição regula-se pela pena *in concreto*, observados os prazos do artigo 109 do Código Penal, os quais aumentam de um terço, se o condenado é reincidente (artigo 110, *caput*, CP)

Essa modalidade prescricional verifica-se após a ocorrência do trânsito em julgado da sentença final para a acusação e, nesse momento, o prazo prescricional

começa a correr porque já não pode mais piorar a situação do sentenciado, tornando-se a decisão, sob este aspecto, definitiva, razão pela qual são desprezados os marcos mínimo e máximo da pena abstratamente cominada. Por outras palavras, na prescrição da pretensão executória, o trânsito em julgado da sentença para a acusação limita-se o poder-dever de punir do Estado e fixa o mínimo e o máximo do prazo prescricional.⁸⁶

Importante ressaltar, contudo, ainda que o prazo inicial para a ocorrência da prescrição executória seja o trânsito em julgado para a

⁸⁴SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3 ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008. p. 698-699

⁸⁵PRADO. Op. cit. 2007. p. 381

⁸⁶ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI. Op. cit. p. 648

acusação, na realidade, seu pressuposto essencial é o trânsito em julgado tanto para a defesa quanto para a acusação, uma vez que, enquanto não transitar em julgado para a defesa do acusado, a prescrição a ser reconhecida poderá ser a intercorrente já que ambas apresentam o trânsito em julgado para a acusação como marco inicial⁸⁷.

Ainda, a revogação da suspensão condicional do processo, bem como do livramento condicional, do mesmo modo, iniciam o prazo prescricional e, “enquanto a decisão revogatória não for cumprida, estará em curso a prescrição executória”⁸⁸.

Ademais, em casos em que a interrupção da execução deu-se em decorrência da fuga do sentenciado, o prazo prescricional começa a correr da data da evasão com base no restante da pena; já em casos que a interrupção foi motivada por causa superveniente como doença mental e posterior internação em hospital de custódia ou tratamento psiquiátrico (artigos 41 e 42 do Código Penal), não há o início do curso do prazo prescricional e o tempo será computado na pena⁸⁹.

Por ser uma causa extintiva da punibilidade, a prescrição da pretensão executória, que ocorre após o trânsito em julgado da sentença final para a acusação, já se encontra resolvida a questão de mérito relacionada à pretensão punitiva que foi discutida em juízo. Nessa situação, por se tratar de título executivo judicial constituído (decisão condenatória transitada em julgado), a prescrição da pretensão executória não anula o referido decreto, apenas impede sua execução pela extinção do *jus puniendi* estatal⁹⁰. Dessa forma,

A prescrição da pretensão executória não anula o juízo positivo de culpabilidade firmado na decisão condenatória; possibilita o reconhecimento de reincidência em condenação subsequente e ainda preserva como certa a obrigação de reparar os danos causados pelo delito (artigo 91, I, do CP)⁹¹

Além disso, uma vez declarada à extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória, não há execução da pena imposta e

⁸⁷BITENCOURT. Op. cit. p. 736

⁸⁸BITENCOURT. Ibidem. 737.

⁸⁹BITENCOURT. Idem.

⁹⁰GALVÃO DA ROCHA. Op. cit. 887

⁹¹GALVÃO DA ROCHA. Idem.

tampouco da medida de segurança, ainda que os efeitos penais secundários e os efeitos civis (artigo 67 do Código de Processo Penal) sejam mantidos.⁹²

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:
I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;
II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;
III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

⁹²PRADO. Op. cit. 2005. p. 795.

4. PRESCRIÇÃO RETROATIVA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

4.1. BREVE EXCURSO HISTÓRICO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA

A prescrição retroativa é uma das modalidades da prescrição da pretensão punitiva nos moldes do Código Penal de 1984.

Essa modalidade é reconhecida na possibilidade de a pena, já concretizada através da sentença, poder regular o prazo prescricional anterior à data da sua publicação, fato este que sempre foi originário de discussões e divergências doutrinárias e jurisprudenciais, o que provocou “decisões contraditórias de nossos tribunais, para sorte de muitos réus e desgraça de outros”⁹³. Tem por fundamento o princípio da pena justa e se verifica que, já na vigência do Decreto nº 4.780/1923, os estudiosos divergiam a respeito da retroatividade da pena imposta na sentença condenatória no sentido de permitir a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva (da ação). Veja-se, por exemplo, o HC 28.638, em que o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, concedeu a ordem admitindo o efeito retroativo da pena concreta no que tange à contagem do prazo prescricional anterior à sentença condenatória⁹⁴.

A origem do instituto da prescrição retroativa foi em 1964 com a edição da Súmula 146 pelo STF, fato que teve grande diversidade e mudanças de posicionamento porque

a súmula em questão passou por várias e pequenas variações (aplicava-se ou não ao período anterior à denúncia, aplicava-se ou não havendo recurso acusatório improvido, etc), ensejando, sempre, profundas e férteis discussões. Para uns, a prescrição da pretensão punitiva somente poderia ter como base o máximo da pena *in abstracto*, não sendo possível qualquer outra interpretação; para outros, a súmula era profundamente justa, pois tinha como base a pena merecida e adequada ao caso e não a possível⁹⁵

⁹³NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Questões Penais Controvertidas (doutrina e jurisprudência)*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo. Sugestões Literárias S/A, 1976. p.47.

⁹⁴JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. 25 ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 129-130.

⁹⁵NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. v.1, 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 362-363.

A prescrição retroativa é considerada, por alguns autores, como produto de uma construção pretoriana⁹⁶. Com a entrada em vigor do Código Penal de 1940, tendo em vista a redação do seu artigo 110, uma corrente jurisprudencial começou a aplicar retroativamente a pena aplicada pela sentença, assim, fixada a pena, o montante seria utilizado para o cálculo da prescrição nas fases antecedentes do processo. Enquanto não houvesse uma sentença condenatória, o prazo para cálculo da prescrição se orientava pela pena máxima em abstrato atribuída ao tipo em seu preceito secundário, mas depois de fixada a pena, o montante da mesma seria então utilizado para o cálculo da prescrição em fases anteriores à sentença e até mesmo anteriores ao processo.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento de HC 29.270, por unanimidade de votos, decidiu que a redação do antigo parágrafo único do artigo 110, do então vigente Código Penal, poderia levar à pretensão executória, o que em verdade não era.

Na evolução do entendimento quanto à prescrição retroativa, no final do ano de 1947, o STF tomou orientação em sentido contrário, passando a não admitir a retroatividade da prescrição penal, com fim de extinguir a pretensão punitiva da pena concretizada na sentença.

Nesse contexto, decidiu-se no julgamento do HC 29.922 que a disposição do parágrafo único do antigo artigo 110, do Código Penal, não tinha efeito de reger o prazo anterior a sua publicação e que se tratava da prescrição superveniente à sentença condenatória. Essa orientação, no sentido de não admitir a retroatividade prescricional da pena concreta, foi considerada até 1950.

A partir de 1951 começaram a surgir divergências no STF quanto à matéria, surgindo duas correntes distintas. A primeira aceitava efeito retroativo da pena imposta na sentença condenatória com apelação somente do réu; e a segunda corrente que não aceitava a retroatividade da pena concretizada na sentença condenatória recorrível. Esse posicionamento permaneceu até o final dos anos 50.

Já em 1964, foi consagrada a prescrição retroativa com a edição da Súmula 146:

⁹⁶BITENCOURT. Op. cit. p. 732

Súmula 146 – A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.

Em 1977, a Lei nº 6.416 alterou o regime da prescrição na legislação pátria, passando o artigo 110, do Código Penal a consagrar, no ordenamento jurídico brasileiro, a prescrição retroativa.

A reforma penal de 1984, introduzida com a Lei nº 7.209, que deu nova redação à Parte Geral do Código Penal de 1940, passou a reger a prescrição retroativa nos parágrafos 1º e 2º do artigo 110 o qual se verifica uma espécie de prescrição de maior destaque, sendo determinada expressamente, segundo disposição do parágrafo 2º do mesmo artigo, que a prescrição, com base na pena em concreto e atingindo a pretensão punitiva, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou queixa, ou seja, considera-se a data da consumação do crime.

Com a publicação, em 5 de maio de 2010, da Lei nº 12.234, algumas alterações ocorreram no texto dos artigos 109 e 110 e parágrafos do Código Penal. Todavia, como será adiante visto, essas modificações não tiveram o resultado esperado.

4.2. PRESCRIÇÃO RETROATIVA ANTES E DEPOIS DA LEI Nº 12.234/2010

A prescrição retroativa é exclusividade do Direito brasileiro e como visto anteriormente, define-se como aquela que atinge a pretensão punitiva do Estado.

Alguns pressupostos devem ser verificados antes desse instituto ser reconhecido. Há de se observar, de início, se já não ocorreu prescrição com base na pena abstrata, fato que já seria eficiente para declarar a prescrição. Em seguida, faz-se necessária a existência de uma sentença condenatória, pois a sentença absolutória ou, por exemplo, aquela que concede o perdão judicial, não traduz uma pena em concreto o qual é base para o cálculo desse tipo de prescrição. Por último, além da sentença condenatória, a pena deve já ter ultrapassado todas as instâncias cabíveis.

Reconhecidos esses pressupostos, segue-se a contagem adequada para a contagem da prescrição retroativa. Com a pena *in concreto*, alcançada pela sentença condenatória, buscam-se os períodos definidos nos incisos do artigo 109 do CP. O passo seguinte é verificar a existência da causa modificadora. A menoridade do réu é um bom exemplo, pois conforme artigo 115 do CP é permitido à redução do prazo prescricional⁹⁷.

Encontrado o prazo exato nos termos do artigo 109, passa-se a fazer a contagem do prazo prescricional para trás, dentro do lapso temporal transcorrido entre as causas interruptivas (artigos 111 e 117 do CP), ou seja, esses prazos são contados de trás para frente.

Portanto, prolatada a sentença condenatória que impõe a pena devida ao condenado, valerá novo prazo prescricional, agora considerado a partir da pena em concreto. Acrescenta-se a questão outro período prescricional, compreendido entre a “data do acórdão condenatório à do recebimento da denúncia ou queixa, tendo havido absolvição em grau inferior”⁹⁸. Isso 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.

Por existirem 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.

Nesse sentido, não há necessidade de recurso da defesa para ver reconhecida a prescrição retroativa, isto é, quando a sentença de primeiro grau cominou a pena em concreto e, com base nela, já se observou o limite prescricional, portanto, garantido ao réu a extinção da punibilidade, não haveria ele de solicitar contra si mesmo o aumento de pena. Pelo contrário, a acusação poderá pedir aumento da pena por julgá-la insuficiente.

Como já visto, 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.

⁹⁷Art. 115 - São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

⁹⁸LOZANO JR., José Júlio. *Prescrição Penal*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 168.

Antes da Lei nº 12.234/2010, observava-se a prescrição retroativa através da leitura combinada dos parágrafos do artigo 110 do Código Penal com os prazos, em concreto, previstos no artigo 109 do mesmo diploma jurídico, ou seja, a sentença condenatória impunha certa pena concretamente, a qual possui um prazo prescricional no artigo 109. Admitindo este prazo entre certos lapsos temporais (data do fato e o recebimento da denúncia ou entre o recebimento da denúncia e o julgamento), haveria o reconhecimento retroativo da prescrição da pretensão punitiva, tendo como base a pena em concreto.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL ESTELIONATO. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO ACUSADO. APELO CRIMINAL PROVIDO. 1. Condenação do Apelante pela prática do crime de estelionato (art. 171, CP), à pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos e multa, substituídas por penas restritivas de direito, uma vez presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal. 2. Transitada em julgado a sentença para a acusação, regula-se a prescrição pela pena in concreto, nos termos do art. 110, parágrafo 1º, do Código Penal. A pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos de reclusão prescreve em 4 (quatro) anos (art. 109, V, do Código Penal). 3. Prescrito o jus puniendi Estatal, pelo decurso de prazo superior a quatro anos entre o fato delitivo (10 de janeiro de 1997) e o recebimento da denúncia (06.12.2002), bem como, entre esta e a prolação da sentença condenatória (28/09/2009), mesmo considerando que o prazo prescricional ficou suspenso durante o período de 01/08/2003 a 09/11/2005, com fulcro no art. 366 do Código de Processo Penal, em face da citação do Apelante por edital. 4. Como o art. 118 do Código Penal estipula que a pena mais leve prescreve juntamente com a mais grave, resta prescrita, igualmente, a pena de multa imputada ao Apelante. 5. Inaplicabilidade da alteração introduzida em 05/05/2010 pela Lei nº 12.234, que revogou o parágrafo 2º, do art. 110 do Código Penal, excluindo a contagem do prazo prescricional no período anterior a denúncia/queixa, por ser norma mais prejudicial ao Réu. 6. Apelo Criminal provido, para se decretar a extinção da punibilidade do Recorrente, em face do advento da prescrição retroativa.⁹⁹

Já a prescrição disposta no artigo 110, parágrafo 1º, com a redação da Lei nº 12.234/2010, diz respeito à prescrição da pretensão punitiva quando a apelação do acusado versar sobre o mérito propriamente dito da condenação. Todavia, a prescrição da pretensão executória do Estado se dará nos casos em que o apelo da defesa versar, tão somente, sobre o montante da pena, ou,

⁹⁹BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Apelação Criminal nº 7514-AL (2002.80.00.009289-9). Apelante: Antenor Carlos dos Santos. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Des. Federal Francisco Barros Dias. Recife, 28 de setembro de 2010.

ainda, restar improvido o seu recurso. Os efeitos de uma e de outra serão significativamente sentidos, ou seja, enquanto a prescrição da pretensão punitiva não implica responsabilidade ou culpabilidade do agente, antecedentes, nem gera eventual reincidência, a prescrição da pretensão executória, de maneira diversa, faz persistir os efeitos acessórios da decisão infligida ao condenado (obrigação de reparar o dano, interdição de direitos, dentre outros)¹⁰⁰.

Vista sob estes aspectos, a prescrição retroativa pode até parecer associada à impunidade e ao incentivo a criminalidade. Todavia, essa ideia deve ser analisada de maneira crítica, pois essa não rendeu tanto na doutrina como na jurisprudência, pois a pena *in concreto*, que é considerada para a prescrição retroativa, parece ser mais justa, pois tem mais proximidade da pena específica cominada no caso concreto e imposta a um sujeito determinado.

O princípio da individualização da pena, que aparece descrito no artigo 5º, XLVI, caput da Constituição Federal de 1988 impede que uma mesma pena possa valer para todos, sem diferenciação.

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.¹⁰¹

A esse princípio também se associa ao da garantia da duração razoável do processo e da necessidade de contenção do poder estatal, que é absurdamente maior se comparado ao do indivíduo.

No entanto, ocorre uma situação diversa com a prescrição antecipada, que pode também ser denominada prescrição virtual ou em perspectiva. Essa modalidade reconhece, antes mesmo de haver sentença condenatória, uma provável pena em concreto, que se baseia nas circunstâncias de fato e

¹⁰⁰COSTA, Aldo de Campos. *Breves considerações sobre a Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010*. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 22, n. 6, jun. 2010. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/34754/Breves_considera%C3%A7%C3%B5es_sobre_costa.pdf?sequence=1 Acesso em 03/10/2011

¹⁰¹BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Novas Regras sobre prescrição retroativa: comentários breves à lei 12.234/2010*. Boletim IBCCRIM, Ano 18, nº 211 – Junho de 2010, p. 7.

características atinentes à conduta e personalidade do agente, ou seja, presumida a pena, poderia se aplicar o prazo prescricional adequado desde logo, finalizando a persecução penal.

Já é pacificado tanto pela maioria da doutrina como no entendimento dos Tribunais Superiores o não acolhimento da referida prescrição. Isso é comprovado em recentes decisões:

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 criminal¹⁰².

O STJ tem se manifestado em consonância com o entendimento do STF, que julgou inadmissível o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva.

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 denegada¹⁰³

¹⁰²BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Repercussão Geral por Questionamento de Ordem em Recurso Extraordinário 602.527/RS. Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul; Recorrido: Osmar Vitório Carlesso e Outro. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 19 de novembro de 2009.

¹⁰³BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 114.265/MT (2008/0188275-8), 6ª Turma. Impetrante: Elio Tognetti; Impetrado: Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Brasília, 26 de maio de 2009.

Parte da doutrina segue o posicionamento dos Tribunais Superiores, pois a aplicação imprecisa da prescrição, por motivos de celeridade e economia processual atentariam princípios e garantias fundamentais. Porém, reconhecer a prescrição somente pela economia processual é uma visão equivocada, pois, na verdade, se estaria valorizando o processo com um fim em si mesmo e isso se torna um argumento falho. Ademais, esse tipo de prescrição funda-se na falta de justa causa do poder-dever do Estado para perseguir o acusado e aplicá-lo a sanção penal. Destaca-se também que nem sempre a ação penal irá reconhecer a inocência do réu, portanto, a prescrição se aplica sobre o acusado, seja ele julgado inocente ou culpado, logo, o que realmente se discute é a perda do *jus puniendi* do Estado.

Outra observação que pode ser feita é o fato de ser incorreto falar em devido processo legal quando este não for efetivo, isto é, aquele que revela uma jurisdição sem resultado. Portanto, faz-se necessário ter razões jurídicas e práticas para fundamentar o “novo instituto” de “prescrição pela pena presumida”¹⁰⁴ Nesse sentido:

Habeas corpus: prescrição inócurrenre, no caso, repelida, ademais, pela jurisprudência do Tribunal, a denominada prescrição antecipada pela pena em perspectiva. Precedentes. II. Habeas corpus: inviabilidade para o exame da alegação de ausência de base empírica para a denúncia, que a instrução do pedido não permite e que, de qualquer modo, demandaria a ponderação dos elementos de informação, à qual não se presta o procedimento sumário e documental do habeas corpus. III. Denúncia: inépcia: atipicidade da conduta descrita (C.Pr.Penal, art. 43,I): suposta prática de operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do país - delito previsto no art. 22 da L. 7.492/86 (Lei do Colarinho Branco)- em decorrência de cessão ou transferência de "passe" de atleta profissional para entidade desportiva estrangeira.227.492Lei do Colarinho Branco1. Não se irroga ao paciente - simples procurador do atleta a ser cedido - a participação em nenhuma "operação de câmbio", nem o valor negocial do "passe" de um jogador de futebol pode ser reduzido ao conceito de mercadoria e caracterizar ativo financeiro objeto de operação de câmbio.2. No tocante à figura delineada na parte final do parágrafo único do artigo 22 da L. 7.492/88, é manifesto que não cabe subsumir à previsão típica de promover a "saída de moeda ou divisa para o exterior" a conduta de quem, pelo contrário, nada fez sair do País, mas, nele, tivesse deixado de internar moeda estrangeira ou o tivesse feito de modo irregular.7.4923. De outro lado, no caput do art. 22, a incriminação só alcança quem "efetuar operação de câmbio não autorizada": nela não se compreende a ação de quem, pelo contrário, haja eventualmente, introduzido no País moeda estrangeira recebida no exterior, sem

¹⁰⁴DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 3 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010. p. 774.

efetuar a operação de câmbio devida para convertê-la em moeda nacional.4. Da hipótese restante - a de que a parcela dos honorários do procurador do atleta não declarada à Receita Federal se houvesse mantido em depósito no exterior - objeto de incriminação na parte final do parágrafo único do art. 22 da L. 7.492/86 -, só se poderia cogitar se a denúncia se fundasse em elementos concretos de sua existência, à falta dos quais adstringiu-se a aventar suspeita difusa, da qual não oferece, nem pretende oferecer, dados mínimos de concretude. IV. Habeas corpus deferido, para trancar o processo em curso contra o paciente¹⁰⁵

Outra divergência que pode ser encontrada é em relação à prescrição antecipada, pois contrariando as posições doutrinárias, as Cortes Superiores apresentam não reconhecer essa modalidade, enquanto alguns Tribunais já a adotam. A propósito, *mutatis mutandis*:

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 penal¹⁰⁶

Neste contexto de conflitos que o Superior Tribunal de Justiça sumulou (nº 438) entendimento de que não se pode aplicar a chamada prescrição antecipada (também chamada virtual ou em perspectiva).

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.

¹⁰⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 88.087-8/RJ. Paciente: José de Moraes Correia Neto. Impetrante: Michel Asseff. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 17 de outubro de 2006.

¹⁰⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (6ª Câmara Criminal). *Habeas Corpus* nº 70021830294/RS. Impetrante: Andrei Zenkner Schmidt e Outros. Paciente: Rogerio Rossini e Outros. Relator: João Batista Marques Tovo. Porto Alegre, 06 de dezembro de 2007.

Ademais, vale ressaltar que essa súmula perde um pouco da sua eficácia porque “agora fica proibido o reconhecimento da prescrição retroativa durante as investigações (inclusive inquérito policial) até o recebimento da denúncia. Justamente esse era o foco da atuação da prescrição antecipada”¹⁰⁷

No entanto, deve-se salientar o grau de polêmica que se tem em relação à prescrição em perspectiva não é observado na prescrição retroativa, pois esta é reconhecida no momento da sentença.

4.3. DISCUSSÕES SOBRE AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 12.234/2010

As discussões que antecederam à aprovação da Lei 12.234/2010 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. Isso se deve ao texto original do Projeto de Lei supracitado, que ao contrário do que dispôs a lei, não mencionava em seu artigo 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 (...)”. No entanto, a proposta de modificação do §1º do artigo 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** (negritos nossos)

Apesar de não indicar de maneira clara a finalidade das alterações, o seu teor colocaria um fim na prescrição retroativa da pretensão punitiva. Tal polêmica se estendeu e provocou a doutrina brasileira, pois “a prescrição retroativa é uma defesa do cidadão contra a morosidade do Estado em julgá-lo

¹⁰⁷FREITAS CRESPO. Marcelo Xavier de. *Primeiras observações sobre a lei 12.234/2010 e a súmula 438 do STJ*. Boletim IBCCRIM, Ano 18, nº 211 – Junho de 2010.

e puni-lo”, além do que, “o acusado, inocente ou culpado, tem direito a ser julgado em tempo razoável”¹⁰⁸

Se fosse aprovada dessa forma, a lei traria prazos intermináveis para o Estado atuar, ou seja, se prolongaria a incerteza da punição e não beneficiaria nem ao Estado, que se veria afundado em processos intermináveis, nem ao réu, pois esse ficaria a mercê do poder estatal, sem resposta e estigmatizado socialmente por ainda mais tempo.

Por outro lado, a abolição à prescrição retroativa teve seus elogios, pois

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.¹⁰⁹

Ressalta-se que não há nada disposto no artigo 1º da Constituição Federal que garanta ao Estado o poder incondicional de impor aos cidadãos, de forma indistinta, a mesma pena quando o ato punível apresenta graus diferentes de reprovação social. Em outras palavras, isso quer 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 a punição 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, isto é, aqueles não compatíveis com a conduta delituosa do agente. Conhecida a pena real para a 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.

Além disso, não se retira o poder do Estado, mas se garante direito ao cidadão. Reforça-se esse entendimento de que a prescrição retroativa é aquela que

¹⁰⁸JESUS, Damásio de. *Prescrição retroativa – a favor ou contra?*. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jan. 2008. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/10931>>. Acesso em: 30/10/2011.

¹⁰⁹FREITAS, Jayme Walmer de. *Lei nº 11.596/07: o legislador e seus equívocos sem fim. Apontamentos sobre a prescrição retroativa*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1717, 14 mar. 2008. Disponível em:<<http://jus.com.br/revista/texto/11047>>. Acesso em: 17 nov. 2011.

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.¹¹⁰

O embate intelectual atingiu o legislador que, em sua versão final, conseguiu impedir a prescrição retroativa apenas no lapso temporal compreendido entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa, conforme disposto no parágrafo 1º do artigo 110 do Código Penal.

Pode-se dizer que a Lei 12.234/2010 não se prestou a completude da finalidade declarada, pois o ordenamento jurídico pátrio ainda conta com a prescrição retroativa, porém esta não alcança o lapso entre a consumação do fato e o recebimento da denúncia.

Da pretensão inicial do Projeto de Lei 1.383 de 2003 para a realidade da Lei 12.234/2010, houve modificação substancial. Mas é inquestionável que sempre haverá repercussões negativas quando se pretender utilizar a edição de cada vez mais leis para resolver os problemas de impunidade e violência os quais deveriam passar por reflexões mais elaboradas a fim de encontrar soluções que acompanhariam mudanças de ordem estrutural e política.

Apesar da maioria da doutrina reconhecer e justificar a incidência da prescrição retroativa, ainda existem opiniões contrárias os quais argumentam que a retroatividade da prescrição ao negar o processo e a sentença condenatória, estaria negando a existência de seus próprios pressupostos, pois a sentença serviria apenas para declarar a sua própria inexistência. Tal feito não é exclusividade da prescrição retroativa, pois a prescrição da pena em abstrato também é evento suficiente para afastar o poder de punir do Estado, embora o lapso temporal seja maior e mais difícil de ser atingido. Não se trata de negar o processo, mas de declarar que o tempo justo já se esgotou¹¹¹.

O fato de o Estado-Juiz iniciar a persecução penal em tempo hábil não garante a ele um tempo incondicional para finalizá-lo. Apagar este lapso temporal é desrespeitar as angústias vividas e o peso de uma persecução

¹¹⁰SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. *Extinção da prescrição retroativa anterior ao recebimento da denúncia*. Boletim IBCCRIM – ano 18 – nº 211, junho de 2010. p. 11.

¹¹¹GUARAGNI, Fábio André. *Prescrição Penal e Impunidade*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 126-127.

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 possa perseguir-lo penalmente.

A pena em abstrato valerá enquanto padrão inicial. Não deve ser usada jamais para beneficiar a comodidade da atuação estatal sem prazo final. Vinte anos é um tempo exagerado para um Estado que se diz preocupado em investigar e punir adequadamente as condutas lesivas á 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. CONCLUSÃO

É a prescrição penal uma das causas de extinção da punibilidade previstas no Código Penal pátrio.

O instituto da prescrição já era conhecido no Direito Grego e Romano, tendo origem na vingança particular e, posteriormente, o Estado impôs um termo legal que limitasse o seu direito de punir.

A prescrição penal tem como fundamentos o decurso do tempo; o desinteresse do Estado em apurar um delito ou punir um infrator; a correção do condenado sem que tenha havido reiteração criminosa, dentre outros.

Ademais, tem como escopo amenizar a situação do réu, objetivando livrá-lo da punibilidade pelo decurso do tempo, marcado pela inércia de punir ou demora do Estado em exercer tal poder-dever. Logo, a prescrição é um meio de viabilizar a justiça penal com a realidade fática e não um estímulo à impunidade ou criminalidade.

Com a evolução histórico-jurídica no Brasil, a reforma de 1984 consubstanciou nos artigos 109 e 110 do Código Penal as espécies de prescrição: prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória.

A prescrição retroativa é uma das espécies de prescrição da pretensão punitiva e é exclusiva do Direito Penal brasileiro.

A discussão sobre este instituto passou por diversos entendimentos que culminaram na Lei nº 12.234 de 5 de maio de 2010, que aumentou o prazo mínimo prescricional e pode-se dizer que essa alteração não se prestou a completude da finalidade declarada, pois o ordenamento jurídico pátrio ainda conta com a prescrição retroativa, porém esta não alcança o lapso entre a consumação do fato e o recebimento da denúncia.

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 que se aceite a tese de que se deve justamente à existência de prazos prescricionais e movimentação mais célere do sistema processual. Se não fosse a sanção prescricional existiria um

processo ainda mais lento. Ainda, a extinção definitiva da prescrição retroativa, se tivesse sido efetivada por completo, representaria um atraso diante dos avanços dos direitos fundamentais.

Décadas de discussões, debates e críticas, avanços e retrocessos não bastariam para pacificar o tema que aqui se propôs a discutir. Por óbvio não será o presente trabalho, singelo em suas pretensões, capaz de acabar com tamanha complexidade argumentativa. O que se propôs foi mostrar, no presente trabalho, os pontos controvertidos da questão, além da problemática que cerca o instituto da prescrição retroativa.

Por fim, distante de se defender a prescrição retroativa, o prazo prescricional calculado sobre a pena em concreto parece ser a medida mais apropriada para a incidência da prescrição. A pena não deve 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.

REFERÊNCIAS

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

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. 13 ed. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal, parte geral, tomo 3º: pena e medida de segurança**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Novas Regras sobre prescrição retroativa: comentários breves à lei 12.234/2010**. Boletim IBCCRIM, Ano 18, nº 211 – Junho de 2010

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

COSTA, José de Faria. **Linhas de Direito Penal e Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra; Coimbra Editora, 2005

COSTA, Aldo de Campos. **Breves considerações sobre a Lei n. 12.234, de 5 de maio de 2010**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 22, n. 6, jun. 2010. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/34754/Breves_considera%C3%A7%C3%B5es_sobre_costa.pdf?sequence=1 Acesso em 03/10/2011

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: Parte Geral**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal: Suas causas suspensivas e interruptivas**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 13ª ed., rev, por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

FREITAS, Jayme Walmer de. **Lei nº 11.596/07: o legislador e seus equívocos sem fim. Apontamentos sobre a prescrição retroativa.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1717, 14 mar. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11047>>. Acesso em: 17 nov. 2011.

FREITAS CRESPO. Marcelo Xavier de. **Primeiras observações sobre a lei 12.234/2010 e a súmula 438 do STJ.** Boletim IBCCRIM, Ano 18, nº 211 – Junho de 2010.

GALVÃO DA ROCHA, Fernando A. N. **Direito Penal: Curso Completo.** Parte Geral. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal.** Vol. I, Tomo II. 7 ed. Coord. Maira Rocha Machado; Denise Garcia. São Paulo, 2008

GUARAGNI, Fábio André. **Prescrição Penal e Impunidade.** Curitiba: Juruá, 2000

JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição Penal Antecipada.** 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2010

JESUS, Damásio Evangelista de. **Prescrição retroativa – a favor ou contra?.** São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jan. 2008. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/10931>>. Acesso em: 30/10/2011

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal.** 25 ed. São Paulo: Saraiva. 2002

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** 1 v. 5 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010

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

- MARQUES, J. C. Azevedo. **Prescrição Penal**. São Paulo: RT, 1943
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997
- MENDES DE ALMEIDA, J. Canuto. **Processo Penal. Ação e Jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975
- MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. **Prescrição Penal**. São Paulo: Atlas, 1997
- MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Tradução Tadeu Antonio Dix Silva, Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Questões Penais Controvertidas (doutrina e jurisprudência)**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo. Sugestões Literárias S/A, 1976
- NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. V.1, 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998
- PAULA MACHADO, Fábio Guedes de. **Prescrição Penal: Prescrição Funcionalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3 ed. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2008
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da Prescrição Penal: de acordo com as leis nºs 9.268/96 e 9.271/96: doutrina, prática, jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997
- SCHMIDT DE OLIVEIRA, Ana Sofia. **A vítima e o Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. **Extinção da prescrição retroativa anterior ao recebimento da denúncia.** Boletim IBCCRIM – ano 18 – nº 211, junho de 2010.

SILVA, Robson Antônio da; LAUFER, Daniel. **Prescrição: alteração trazida pela lei nº 11.596/2007.** Boletim IBCCRIM – Ano 15 – nº 183 – Fevereiro/2008.

VINCENZO MANZINI. **Tratado de Derecho Penal.** vol. V. Buenos Aires: EDIAR, 1948-57.

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