

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Fernando Nithammer Rocha

A limitação de incidência da prescrição retroativa frente à Lei n. 12.234/2010

Porto Alegre

2013

Fernando Nithammer Rocha

A limitação de incidência da prescrição retroativa frente à Lei n. 12.234/2010

Trabalho de conclusão de curso apresentado junto ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Mauro Fonseca Andrade

Porto Alegre

2013

Fernando Nithammer Rocha

A limitação de incidência da prescrição retroativa frente à Lei n. 12.234/2010

Trabalho de conclusão de curso apresentado junto ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Mauro Fonseca Andrade
Orientador

Professor Doutor Pablo Rodrigo Alflen da Silva

Professor Doutor Ângelo Roberto Ilha da Silva

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente o apoio incondicional de Lucia Beatriz Culau Rocha (*in memoriam*), sem o qual não teria persistido em lutar para ingressar no curso de Direito dessa Universidade.

Agradeço a minha avó Clarice por ter convivido comigo durante esses anos, alicerçando em mim os valores mais importantes.

Agradeço aos meus pais (Silvana e Sérgio Fernando), aos meus avôs Waldemar (*in memoriam*) e Sérgio Geraldo, a minha madrastra (Cristina), por terem contribuído com seus conselhos, seus elogios, com todo o auxílio e toda importância de suas presenças em minha vida para que eu pudesse ter condições de estar cursando essa faculdade.

Agradeço aos meus irmãos Thiago e Alexandro por temperarem minha vida com alegria.

À minha namorada Luciana, que faz de mim uma pessoa melhor e mais completa a cada dia, agradeço pelo carinho, olhar de cumplicidade, sorriso de aprovação, gestos de ternura, e, acima de tudo, pelo amor que ela me faz sentir todos os dias.

Agradeço ao meu amigo Marcelo Rosa e ao meu avô João Rosa por fazerem parte da minha vida e por me ensinarem o valor da amizade.

Agradeço à Confraria como um todo por toda a ajuda, pelas discussões, bem como, principalmente, pelo *animus jocandi*. Um especial agradecimento aos amigos Dante, Cássio e Jéssica pela contribuição decisiva na realização desse trabalho.

Agradeço, também, a todos os meus amigos, os quais, certamente, foram peças fundamentais para a consecução desse trabalho, bem como para outras importantes conquistas.

Por fim, deixo registrado o agradecimento ao meu orientador, o Professor Mauro Fonseca Andrade, pelos valiosos ensinamentos.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o instituto da prescrição da pretensão punitiva retroativa, aqui entendida como aquela em que se manifesta o fenômeno da retroação do prazo prescricional, o qual, nesse caso, é calculado com base na pena *in concreto* em relação a qual sobrevenha a incidência da vedação da *reformatio in pejus*. Proposto o tema, buscou-se, inicialmente, realizar uma abordagem geral da prescrição penal, apontando, nessa linha, seu histórico, seus fundamentos, sua natureza jurídica e, na sequência, suas modalidades e espécies. Nesse ponto, o estudo se voltou a explicitar especificamente a espécie de prescrição de que cuida o trabalho: prescrição retroativa. Tratou-se, assim, de abordar o histórico da prescrição retroativa e de seu alcance jurídico, desenvolvendo, a partir disso, a análise da Lei n. 12.234/2010, que teve, por principal desiderato, realizar a limitação de incidência da aludida espécie prescritiva. Diante do entendimento da repercussão que esse diploma legislativo obteve no cenário jurídico da prescrição retroativa, passou-se a cotejar sua normatividade com princípios de peso constitucional, tais como: o da individualização da pena, o da isonomia e o da duração razoável do processo.

Palavras-chave: Prescrição penal. Prescrição retroativa. Lei n. 12.234/2010. Individualização da pena. Isonomia. Duração razoável do processo.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar el instituto de la prescripción de la pretensión punitiva retroactiva, aquí entendida como aquella en que se manifiesta el fenómeno de la retroacción del plazo de prescripción, el cual, en ese caso, es calculado con base en la pena *in concreto* en relación a la cual sobrevenga la incidencia de la prohibición de la *reformatio in pejus*. Propuesto el tema, se buscó realizar inicialmente un abordaje general de la prescripción penal, apuntando, en esa línea, su histórico, sus fundamentos, su naturaleza jurídica y, en la secuencia, sus modalidades y especies. En ese punto, el estudio volvió a explicitar específicamente acerca de la especie de prescripción de que trata el trabajo: la prescripción retroactiva. Se buscó, así, abordar el histórico de la prescripción con retroacción y de su alcance jurídico, desarrollando, a partir de eso, el análisis de la Ley n. 12.234/2010, que tuvo por principal decisión realizar la limitación de incidencia de esa especie de prescripción penal. Delante de la comprensión de la repercusión que ese diploma legislativo obtuvo en el escenario jurídico de la prescripción retroactiva, se pasó a cotejar su normatividad con principios constitucionales, tales como: la individualización de la pena, la de la igualdad y de la duración razonable del proceso.

Palabras clave: Prescripción penal. Prescripción retroactiva. Ley n. 12.234/2010. La individualización de la pena. Igualdad. Duración razonable del proceso.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. PRESCRIÇÃO	8
2.1 PUNIBILIDADE	8
2.2. PRESCRIÇÃO	11
2.2.1 Histórico	12
2.2.2 Fundamentos	14
2.2.3 Natureza Jurídica	22
3. MODALIDADES E ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO	25
3.1 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA	25
3.1.1 Prescrição da pretensão punitiva em abstrato	26
3.1.2 Prescrição da pretensão punitiva intercorrente	31
3.2. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA	34
3.3. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RETROATIVA	39
3.3.1. Histórico	41
4. ANÁLISE DA LEI N. 12.234/2010: EXTINÇÃO PARCIAL DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA	46
4.1. DO PROJETO DE LEI N. 1.383/2003 À LEI N. 12.234/2010	46
4.2. A MODIFICAÇÃO EMPREENDIDA NA PRESCRIÇÃO RETROATIVA	48
4.3. DA OFENSA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	53
4.3.1 Princípio da individualização da pena	55
4.3.2 Princípio da igualdade material (isonomia).....	59
4.3.3 Princípio da razoável duração do processo.....	61
4.4. PROPOSTA DE REVISÃO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA	65
5. CONCLUSÃO	69
6. REFERÊNCIAS	71

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre o tema da prescrição penal, com especial ênfase a uma de suas espécies, a saber, a prescrição da pretensão punitiva retroativa. Essa modalidade de prescrição utiliza, como base de cálculo para a aferição de seu prazo, a pena imposta em decisão condenatória que sofreu o efeito do trânsito em julgado para a acusação.

Tendo sido inserida em nosso ordenamento jurídico pela Lei n. 7.209/1984, a prescrição retroativa teve sua gênese por criação pretoriana, em especial por intermédio de debates travados no Supremo Tribunal Federal, dos quais se originou a Súmula 146 (datada de 1961). Dentre algumas de suas finalidades, pode-se citar a garantia da promoção do princípio da duração razoável do processo e evitar que o tempo da persecução penal seja dilatado desproporcionalmente.

Em 06 de maio de 2010, no entanto, foi publicada a Lei n. 12.234, que – dentre outras medidas – alterou os parágrafos do art. 110 do Código Penal, com o intuito de limitar a incidência da prescrição retroativa. Nesse aspecto, extinguiu-se a possibilidade de decretação dessa espécie de prescrição no período compreendido entre a data do crime e o recebimento da denúncia.

Essa supressão parcial da prescrição retroativa, por sua vez, vem sofrendo inúmeras críticas por parte de insígnis juristas, na medida em que estaria supostamente entrando em conflito com princípios e garantias constitucionalmente assegurados. Nesse sentido, têm sido invocados alguns dos grandes baluartes constitucionais em matéria penal para tecer severas críticas ao aludido diploma legal, tais como: a razoável duração do processo, a individualização da pena, a isonomia.

Em razão disso, esse estudo pretende analisar, de forma geral, o instituto da prescrição com todas as suas modalidades e espécies e, de forma específica, a prescrição da pretensão punitiva retroativa. Em relação à última, realizar-se-á um estudo pormenorizado acerca de seu histórico, seu conteúdo, bem como, por fim, da já citada inovação legislativa, cotejando-a com alguns princípios constitucionalmente estabelecidos.

2. PRESCRIÇÃO

No presente capítulo, procurar-se-á abordar primeiramente a noção de punibilidade, com o escopo de fornecer uma base conceitual para a análise da prescrição penal. Isso porque o instituto da prescrição penal vem justamente a limitar o alcance da punibilidade, sendo inicialmente encontrado nos dispositivos de nosso Código Penal (doravante CP) junto às hipóteses de extinção da punibilidade (art. 107, CP).

Na sequência, será examinado o instituto da prescrição penal, verificando-se, nesse aspecto, seu conteúdo, seu histórico, seus fundamentos e sua natureza jurídica.

2.1 DA PUNIBILIDADE

De acordo com Damásio de Jesus (2009), entende-se a punibilidade como sendo a relação jurídico-punitiva, de natureza concreta (direito de punir concreto), estabelecida entre o Estado e o delinquente, que surge com a prática do delito. É dizer que, perpetrado o crime, nasce para o Estado o *jus puniendi* – poder-dever de punir –, cujo exercício deve se dar de modo a impor a sanção penal ao sujeito ativo do crime.

Desta feita, verifica-se que a punibilidade representa um direito que possui o Estado como seu titular. Como se sabe, com o nascimento desse direito, surge, também para o Estado, a pretensão de poder subordinar o sujeito criminoso a uma condenação criminal (pretensão punitiva) e de executar a sanção nela imposta (pretensão executória).

Acerca da punibilidade e de suas consequências, Delmanto oferece, com brilho ímpar, a sua contribuição doutrinária:

... enquanto a lei penal não é violada, o direito que o Estado tem de punir seus eventuais infratores é apenas abstrato. Quando, porém, há efetiva violação da lei penal (prática de crime ou contravenção), aquele direito, antes só abstrato, torna-se concreto. Com a violação, nasce a possibilidade de o Estado impor sanção ao infrator da lei penal, a qual só poderá ser efetivada após o trânsito em julgado da

condenação, respeitadas as garantias ínsitas ao devido processo legal (*nulla poena sine iudicio*). Tal possibilidade jurídica é chamada *punibilidade*. A punibilidade compreende dois aspectos distintos: 1. O Estado tem o direito de exigir a aplicação da pena que a lei violada prevê em abstrato (*pretensão punitiva*). 2. Uma vez imposta a pena, o Estado tem o direito de executar aquela pena que foi *concretamente* aplicada (a pretensão punitiva transforma-se em *pretensão executória*). (2002, p. 215)

No tocante à pretensão punitiva, entende-se que esta fornece ao Estado o direito de deduzir em juízo o pedido de aplicação do direito penal objetivo a um fato considerado por esse sistema como crime. Assim, praticado o delito, tem início a pretensão punitiva, que terá seu objetivo alcançado com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

De outro teor, a pretensão executória surge a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e alcança seus objetivos com o cumprimento total da sanção penal nela estabelecida. É dizer, “transitada em julgado a decisão condenatória o *jus puniendi* (pretensão punitiva) passa a ser *jus punitiois* (pretensão executória)” (CRESPO, 2010, p. 08 e 09).

Realizando uma abordagem desse tema com magistral síntese, ensina Marcelo Roberto Ribeiro:

Objetivamente, é quando entra em vigor uma lei que cria um tipo incriminador que o Estado passa a ter o direito de punir. Em estado de abstração, oponível *erga omnes*, esse direito encerra uma ameaça jurídica através da qual pretende que o cidadão não realize aquela conduta punível. Se a praticar, o Estado passará a ter um direito-dever de puni-lo, que existirá até o momento da prestação jurisdicional. Se esta for condenatória e se a decisão transitar em julgado, esse direito de punir convolar-se-á em direito de executar a sanção imposta no *decisium*. (2009, p. 75)

Faz-se imprescindível deixar registrado, no entanto, que – a despeito da concretização desse poder-dever de punir – o sistema penal dispõe de algumas limitações ao seu exercício. Nessa esteira, é possível salientar a existência de condições objetivas para a concretização da punibilidade, bem como de causas que acarretam a sua extinção.

Com efeito, no que se refere à primeira limitação aduzida, nosso Código Penal aponta alguns requisitos necessários à própria existência da punibilidade.

Esses vêm dispostos em seu art. 7º, parágrafo 2º, alíneas *b* e *c*, cuja disciplina fornece o suporte fático de duas situações específicas.

Nesse caso, se as duas condições referidas não estiverem presentes, não se poderá vislumbrar o aparecimento da punibilidade. Tanto é assim que, por exemplo, se um fato considerado pela lei brasileira como crime for praticado em outro país por um brasileiro, mas, nesse outro país, o referido fato não for punível (art. 7º, parágrafo 2º, *b*), esse agente não poderá ser punido, eis que não foi implementada uma das condições de punibilidade.

Ainda no que diz respeito às limitações ao poder-dever de punir do Estado, não menos importante são as causas extintivas da punibilidade, previstas (não de forma taxativa) no art. 107 do CP. Dentre essas causas, encontra-se aquela que será objeto de estudo nesse trabalho, a saber, a prescrição.

Ainda que o objeto desse trabalho seja exclusivamente uma dessas causas extintivas, não é de se desprezar a apresentação de algumas características comuns a todas elas, eis que, além de auxiliar a compreender melhor o instituto da prescrição, irá também ajudar a melhor delinear o gênero da qual esse se apresenta como espécie.

Tem-se, dessa forma, que o momento de incidência da causa extintiva da punibilidade se torna um marco deveras importante no que diz respeito à formatação de alguns institutos, especialmente o da reincidência. Nesse aspecto, entende-se que, se a causa extintiva da punibilidade vier a ocorrer em momento anterior ao do trânsito em julgado da sentença condenatória, não se fará presente um dos requisitos para a formação da reincidência, que é justamente o referido trânsito em julgado (art. 63, CP).

Partindo do exposto, percebe-se que o momento da implementação da causa extintiva da punibilidade é um fator crucial para se estabelecer se poderá (ou podia) ocorrer a condenação criminal e, por consequência, se há que se falar (ou não) em reincidência.

Nessa senda, resta logicamente perceptível uma das razões pelas quais há a subdivisão da prescrição em duas modalidades (já, assim, adiantando tema abordado na sequência da exposição). Em verdade, o instituto da prescrição vem sempre discriminado em modalidades e espécies pela maioria dos doutrinadores, no entanto, dentre essas subdivisões, aquela que resulta em diferenciações mais

pontuais é a que discrimina a prescrição da pretensão punitiva em relação à prescrição da pretensão executória.

2.2. DA PRESCRIÇÃO

Antes de se abordar o tema da prescrição, importa assinalar a brilhante contribuição de Aury Lopes Jr. no que se refere à importância do tempo para o direito penal:

No que se refere ao Direito Penal, o tempo é fundante de sua estrutura, na medida em que tanto cria como mata o direito (prescrição), podendo sintetizar-se essa relação na constatação de que a pena é tempo e o tempo é pena. Pune-se através da quantidade de tempo e permite-se que o tempo substitua a pena. No primeiro caso, é o tempo do castigo no segundo, o tempo do perdão e da prescrição. (2011, p. 139)

Conforme preleciona Damásio de Jesus, “prescrição penal é a perda do poder-dever de punir do Estado pelo não-exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória durante certo tempo” (2009, p. 17). Ou seja, por meio desse instituto, garante-se que o Estado perca seu direito de punir decorrido certo lapso de tempo.

A partir disso, infere-se que a aludida causa extintiva da punibilidade pode ocorrer, em uma primeira situação, do momento do crime até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória – e, nesse caso, estar-se-ia tratando acerca da prescrição da pretensão punitiva. Ou, ainda, poderá incidir entre o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e o início da execução da sanção penal – quando, então, estar-se-ia adentrando na seara da prescrição da pretensão executória.

A prescrição da pretensão punitiva, é de se frisar, ainda é subdividida em três¹ espécies: a) prescrição em abstrato; b) prescrição intercorrente; c) prescrição

¹ Não foi inserida na contagem a existência da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva (ou virtual), eis que se entende não haver mais terreno jurídico para sua existência. Concorre, para isso, tanto a edição da súmula n. 438 do Superior Tribunal de

retroativa. Essa última merecerá uma atenção especial, eis que sua análise constitui o cerne desse trabalho.

2.2.1 HISTÓRICO

Filologicamente se preconiza que a palavra *prescrição* se origina do latim *praescriptio*, significando *escrito posto antes*. Surgiu, dessa forma, como um meio de defesa, colocado na fórmula expedida pelo pretor, antes da *demonstratio*²; advertia-se, assim, o magistrado, caso verificasse a sua incidência, a não examinar o mérito da lide (ANDRADE, 1979).

Não obstante a árdua tarefa de se fixar o período histórico em que nasceu a ideia de prescrição penal, os autores em geral, apesar de sustentarem que esse instituto já era conhecido pelos *gregos*, apontam Roma como marco histórico de seu surgimento, precisamente com a *lex Julia de adulteriis*, de 18 a. C. Em seu bojo, esse diploma continha, dentre outras, disposições acerca de um prazo de cinco anos, findo os quais ocorreria a prescrição para o exercício da pretensão em relação aos crimes de estupro, adultério e lenocínio³.

Com o passar do tempo, o direito romano abrangeu a aplicação do instituto para quase todos os tipos penais, excetuando-se os crimes de parricídio, apostasia e parto suposto. Ademais, verificava-se que sua aplicação estava restrita aos casos

Justiça quanto o advento da Lei n. 12.234/2010, que será analisada futuramente nesse trabalho. Ademais, preleciona-se que a “prescrição virtual”, em verdade, esteja caracterizada mais como uma causa de arquivamento do inquérito policial por falta de interesse de agir (acarretando, assim, a inexistência de uma das condições da ação: a justa causa), do que propriamente se tratar de prescrição penal.

² Discorrendo sobre o tema, tem-se a doutrina de José Carlos Moreira Alves, para quem “a *praescriptio* é parte acessória da fórmula que assim se denomina porque, quando inserida nela, é colocada em seu início, antes da *demonstratio* e da *intentio*” (2008, p. 225), sendo que a *intentio* “é a parte da fórmula na qual o autor expõe sua pretensão” (2008, p. 223) e a *demonstratio* é o elemento com o qual se possibilitava determinar a causa de pedir nas fórmulas em que a *intentio* se mostrava incerta (2008).

³ Ensina Carvalho Filho que esse limite de cinco anos foi estabelecido em razão de coincidir com o tempo fixado para as festas lustrais. Isso, para o referido autor, evidenciava “que os romanos associavam à ideia de prescrição a ideia de perdão, que as aparatosas cerimônias quinquenais da lustração simbolizavam, na sua expressão tradicional” (1958, p. 226).

em que não houvesse condenação, ou seja, configurava-se exclusivamente como uma prescrição da pretensão punitiva, e não da pretensão executória (PORTO, 1998).

O desenrolar desse instituto se deu a passos lentos, sendo admitido, no decorrer dos séculos, pelo direito germânico e por outros povos, no entanto sempre com a ressalva de não incidência em determinados crimes, tais como: lesa-majestade, parricídio, moeda falsa (PORTO, 1998).

Nos tempos medievais, houve certa tendência a exagerada redução dos prazos prescricionais, o que motivou enérgica reação, resultando posteriormente em se tornar mais dificultosa a ocorrência desse instituto (PORTO, 1998).

Nos Estados alemães, seu ingresso só foi ocorrer no transcurso dos séculos XVI e XVII. Como requisitos negativos para a sua aplicação, apresentavam-se a necessidade de não ocorrência de fuga para outro país, não cometimento de um novo delito e a de não apreensão de nenhum proveito com o crime praticado. Tinha, portanto, como claro fundamento, a emenda presumida do criminoso (ANDRADE, 1979; VERA BARROS, 1960).

Até então, a prescrição admitida era tão-somente a da pretensão punitiva. Somente no século XVIII é que veio surgir, na França, com o Código Penal francês (de 1791), a disciplina da prescrição da pretensão executória. Consagrou-se, nesse momento histórico, que “as condenações penais deviam ser *executadas* dentro de 30 anos, porque do contrário estariam prescritas” (CARVALHO FILHO, 1959, p. 227 e 228).

No direito brasileiro, a prescrição desembarca somente em 1832⁴, por intermédio do Código de Processo Criminal⁵ e, posteriormente, sendo disciplinada

⁴ Há notícia de seu aparecimento em legislação de 1830, mais precisamente por intermédio da Lei n. 37.987, de 20.09.1930, que tratava acerca dos crimes contra os “abusos da liberdade de exprimir os pensamentos por impressos, por palavras, e manuscritos”. Nessa legislação, dispôs-se que os crimes nela estabelecidos prescreveriam nos prazos de um ano, caso a ação fosse pública (art. 66), e de três anos, no caso de ação particular (art. 67). Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37987-20-setembro-1830-565654-publicacaooriginal-89402-pl.html>, acesso em 28.04.2013.

⁵ Nessa codificação, os prazos prescricionais eram influenciados principalmente pela diferenciação entre os crimes que admitiam fiança e os que não a admitiam, conforme se verifica pela transcrição abaixo de seus arts. 55 e 56 (mantida a grafia original):

Art. 55. Os delictos, em que tem lugar a fiança, prescrevem por seis annos, estando o delinquente presente sem interrupção no Termo, e por dez annos, estando ausente em lugar sabido, com tanto que seja dentro do Imperio.

também por leis complementares (Lei n. 261, de 3.12.1841 e Regulamento n. 120, de 31.1.1842). Apesar disso, o legislador de 1830 repudiou a prescrição da pretensão executória, admitindo somente a da pretensão punitiva, conforme se depreende do art. 65 do referido código: “As penas impostas aos réus não prescreverão em tempo algum” (ANDRADE, 1979, p. 5).

A prescrição da pretensão executória, assim, foi instituída somente após quase 60 anos, por meio do Decreto n. 774 (de 20.11.1890). No mesmo estribo, as demais legislações também acabaram por disciplinar a existência das duas modalidades de prescrição (da pretensão punitiva e da executória).

Nosso Código Penal atual, disciplina a prescrição como forma de extinção da punibilidade em seu art. 107, *in verbis*:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:
(...)
IV - pela prescrição, decadência ou preempção;

2.2.2 FUNDAMENTOS

A fim de melhor compreender o importante instituto da prescrição penal, os doutrinadores costumam apontar algumas razões para a existência dessa perda do direito de punir do Estado pelo transcurso do tempo. Essa questão adquire especial relevo na abordagem do tema da prescrição penal, porquanto a solução de importantes problemas a ela relacionados será diferente, a depender dos princípios adotados para justificar sua existência (VERA BARROS, 1960).

Diante disso, importa registrar, em um primeiro momento, que historicamente tivemos expoentes doutrinadores combatendo a existência desse instituto. Dentre os quais, relevam-se as vozes eminentes de Bentham, Beccaria, Henckel, Feuerbach (PORTO, 1998; VERA BARROS, 1960), as quais sustentavam que, deixar de aplicar

Art. 56. Os delictos, que não admittem fiança, só prescrevem por dez annos, estando o delinquente presente sem interrupção no Termo.

Disponível em:
<http://www.paginasdeprocessopenal.com.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=4&Itemid=20>, acesso em 26/06/13.

a pena, configuraria a consagração da impunidade, encorajando os criminosos a praticar novos crimes.

Além desses posicionamentos, com apoio na doutrina de Vera Barros (1960), impende estabelecer os principais motivos que defendiam a abolição da prescrição em matéria penal. Assim, as distintas opiniões que combatiam o instituto da prescrição podem ser reduzidas às seguintes concepções:

- a) contradiz os princípios de direito penal, na medida em que irradia uma esperança de impunidade ao criminoso;
- b) Debilita o efeito intimidatório da cominação da pena;
- c) Configura-se como um prêmio aos delinquentes mais hábeis que conseguem escapar à ação da justiça;
- d) Serve à incitação do delito, eis que gera uma garantia de impunidade;

Ocorre, no entanto, que, uma a uma, essas ideias foram sendo superadas no processo de evolução do direito penal. Assim, a incorporação do instituto da prescrição às legislações penais é atualmente quase que uma unanimidade entre os sistemas jurídico-penais.

Nesse sentido, preconiza Carvalho Filho:

A prescrição é um meio necessário de compatibilizar a justiça penal com a realidade dos fatos, nunca um instrumento de impunidade ou de estímulo à criminalidade. Desonera o criminoso das suas obrigações penais, não porque tenha ele conquistado, à custa da incúria alheia, esse privilégio de isenção penal, mas porque justiça que tarda é justiça intempestiva, o que vale dizer, falha nos seus objetivos práticos e, pois, sem bases jurídicas e morais. A sociedade, ela mesma, tem interesse em se poupar ao espetáculo, algo desconcertante, dessa justiça fora de tempo, que publicaria, afinal, a impotência do poder social para descobrir e punir o crime, já hoje esquecido. (1958, p. 221)

Observa-se que há uma diversidade de opiniões e doutrinas formuladas a respeito do tema. Irá se expor a seguir, no entanto, alguns fundamentos aventados por doutrinadores que afirmam a necessidade da existência dessa causa de exclusão da punibilidade.

Para Andrade (1979), a causa principal da prescrição é o tempo, aliado à inércia do Estado, o qual não exercitou a pretensão punitiva, ou deixou de executar a pena em tempo oportuno.

No entendimento de Bitencourt (2012) e de Damásio de Jesus (2009), a prescrição teria por fundamentos as presunções de que o decurso do tempo resultaria no esquecimento do fato e na recuperação do criminoso. Apontam, outrossim, como outro fundamento, o fato de o Estado ter de arcar com a sua inércia, eis que restou extemporâneo seu dever de prestação jurisdicional.

Defende Delmanto (2002) que o instituto da prescrição possui tríplice razão, a saber: a) conferir segurança jurídica ao cidadão, impedindo que por tempo indeterminado fique pendente sobre ele o poder punitivo estatal; b) impor ao Estado que preze pela eficiência de sua atividade jurisdicional; e c) a perda das finalidades retributiva, preventiva e ressocializadora da pena, pelo decurso do tempo.

Dentre as várias teorias apresentadas pelos doutrinadores, merece relevo as enumeradas por Manzini (*apud* PORTO, 1998), sendo estas as do esquecimento; da dispersão das provas; da expiação moral; da emenda e a teoria psicológica. Além dessas, abordaremos também o fundamento da razoável duração do processo.

2.2.2.1 Teoria do Esquecimento

Embasa-se esse fundamento na presunção de que, com o decorrer do tempo, o crime é esquecido pela sociedade, desaparecendo, dessa forma, o alarme social acarretado pela sua prática. Defende-se que, por colorário, não haveria mais interesse em punir.

Transcorrido muito tempo desde a perpetração do delito, a recordação deste se esfuma, e os sentimentos coletivos que originam a intranquilidade, o alarme, o desejo de dar satisfação ao ofendido, o afã de que o criminoso pague sua dívida se atenuam e chegam a se extinguir completamente. E a sociedade só deve castigar quando perduram o mal-estar e a inquietação causados pelo fato delituoso (ANDRADE, 1979).

No entender de Binding (*apud* PORTO, 1998), esse fundamento é bastante censurável, forte na razão de que, consoante essa teoria, não é o crime, mas o seu conhecimento (recordação), que dá lugar à pena. Na mesma linha, adverte Porto (1998) que fundamentar a prescrição no desaparecimento da necessidade do exemplo pelo esquecimento é basear-se somente em um dos efeitos da pena.

Não obstante a concepção acima referida, com ímpar sabedoria, preleciona Ferrari (1998, p. 26):

A teoria do esquecimento, portanto, após a certeza da prova condenatória, deve analisar a eficácia da punição a ser imposta, a constatar a sua real carência. Uma vez observado que o tempo não está mais a exigir qualquer espécie de punição, seja por razões de tranquilidade social, seja por razões de ressocialização e correção do criminoso, razoável será a extinção da punibilidade por meio da prescrição da ação.

De toda a sorte, releva registrar uma passagem de Ortolan, para o qual a prescrição configurar-se-ia como “obra inexorável do tempo, que, extinguindo a lembrança do delito, faz cessar o direito de puni-lo” (*apud* PORTO, 1998, p. 15).

Em última análise, alguns autores entendem que o teor desse fundamento encontra guarida nas disposições do código penal, na medida em que quanto mais grave o delito, tanto maior será o seu prazo prescricional correspondente. Com efeito, à medida que o crime adquire maior gravidade, o tempo que a sociedade tende a esquecer-lo também se dilata.

2.2.2.2 Teoria da Presunção de Emenda (*praesumptio vitae emendate*)

Decorrido certo tempo da perpetração do crime, presume-se, *iuris et de jure*, que o criminoso se corrigiu e que, assim, não haveria mais a necessidade de sua punição pelo Estado.

Os que militam a favor desse fundamento da prescrição, sustentam que deve haver uma presunção de que o delinquente emendou seu caráter e se readaptou à sociedade, porquanto não cometeu novo delito durante o tempo fixado pela lei. Pelo advento dessas condições, o Estado deveria renunciar seu poder punitivo em face do sujeito pretensamente já ter se regenerado.

Não escapando de críticas, essa teoria foi bastante combatida pela escola positiva. Os sectários dessa escola defendiam que a prescrição não poderia ser reconhecida por presunção, e sim somente quando o indivíduo houvesse demonstrado merecê-la.

Nessa senda, o projeto italiano de 1921, de Ferri (*apud* PORTO, 1998), contém expresso o pensamento acima, eis que disciplinava que o decurso do tempo não se mostrava suficiente para o reconhecimento da prescrição, exigindo-se, também, a concorrência do desaparecimento da periculosidade. Estariam excluídos, assim, da possibilidade de se beneficiar com a prescrição os *criminosos habituais*, *os de tendência congênita e os enfermos mentais*.

Essa teoria, segundo alguns autores, vem supedaneada por nosso Código Penal, porquanto há previsão, em seu art. 117⁶, dando conta de que a reincidência gera a interrupção do prazo prescricional. Assim, como se considera que a reincidência é sinal negativo de emenda, presume-se que a sua não ocorrência leva a crer que o criminoso corrigiu-se.

2.2.2.3 Teoria da Dispersão das Provas

De acordo com Porto (1998), Thomazius foi o principal formulador dessa teoria, em obra datada de 1685 (intitulada *De Bigamiae Praescriptionis*). Seu fundamento radica na ideia de que o passar do tempo vai fragilizando os elementos de informação em torno do fato delituoso, de modo que sua apuração torna-se incerta, e a defesa do acusado mais precária.

Nos dizeres de Hungria, “o decurso do tempo apaga a lembrança dos fatos como a distância esfuma o relevo das coisas” (*apud* ANDRADE, 1979, p. 25). Dessa forma, por meio desse fundamento sustenta-se que a prescrição incidiria em razão do perigo de que o inocente, pelo exercício retardado da ação, não possa se defender.

Binding (*apud* ANDRADE, 1979; VERA BARROS, 1960), principal expoente na defesa desse pensamento, sustenta que este seria o único fundamento da prescrição penal. Com isso, ele repele a ideia de prescrição da pretensão executória, na medida em que, já tendo ocorrido o juízo de mérito na condenação (com respeito ao prazo prescricional atinente à espécie), não haveria de se aventar mais a possibilidade de fraqueza das provas.

⁶ CP, art. 117. O curso da prescrição interrompe-se: (...) VI – pela reincidência.

Essa teoria era também admitida pelos gregos, para os quais o transcurso do tempo fazia com que se tornasse mais difícil o manejo das provas, sobretudo daquelas com as quais se poderiam provar a inocência do acusado (VERA BARROS, 1960).

De outra banda, mister consignar que também esse fundamento não está alheio a críticas. A principal delas recai sobre a deficiência de sua lógica no que diz respeito à falta de uma explicação acerca dos prazos diferenciados de prescrição existentes. Seria demasiado forçoso, nesse sentido, defender que haveria uma presunção de correlação entre a maior gravidade de um crime e a menor possibilidade de dispersão de suas respectivas provas.

Por derradeiro, mostra-se de grande contribuição a doutrina de Lopes Jr., que confere importância ao fundamento apresentado:

É inegável que o tempo que passa é a prova que se esvai, na medida em que os vestígios materiais e a própria memória em torno do crime, enquanto acontecimento histórico, perdem sua eficácia com o passar dos anos. A atividade probatória como um todo se vê prejudicada pelo tempo, pois se trata de juntas os resquícios do passado que estão no presente (na verdade, um presente do passado, que é a memória), e que tendem naturalmente a desaparecer quando o presente do presente (intuição direta) passa à presente do futuro. (2011, p. 145)

2.2.2.4 Teoria da Expição Moral

Segundo algumas teorias psicológicas, há casos em que o indivíduo, dominado por um complexo de culpa, sente uma compulsão neurótica, inconsciente, de auto-expição. Em razão disso, busca, após a prática do crime, um castigo com que possa se aliviar.

Assim, presume-se que, decorrido certo lapso de tempo, o perpetrador do crime já teria expiado suficientemente sua culpa com as angústias e os remorsos que o assolaram, conforme preleciona Machado:

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, ou seja, a não aplicação de dupla penalização. Surge, portanto, a ideia da compensação da pena

pelo sofrimento, em face da aflição e da opressão havidas no transcurso do processo. (2000, p. 91)

Não escapando a críticas, no entanto, defendem alguns doutrinadores, como Manzini, que essa presunção seria arbitrária e que, além disso, a pena não teria finalidade exclusivamente aflitiva. Seguindo essa linha, Haus e Prins argumentam que, caso o remorso e as angústias efetivamente ocorressem, o instituto mais apropriado a se lançar mão para aplicação seria o da graça, e não o da prescrição (PORTO, 1998; ANDRADE, 1979).

Villeret (*apud* PORTO, 1998) concorda com o fato de que o fundamento da expiação moral, tomado, isoladamente, não poderia explicar nem justificar a prescrição, eis que tem por base uma abstração filosófica. Em contrapartida, pensa ele que aludida teoria (assim como a da dispersão das provas) pode influir sobre a utilidade social, que a seu ver constitui a base única da prescrição.

2.2.2.5 Teoria Psicológica

Essa teoria atribui como fundamento da prescrição penal a presunção de se considerar o transcurso do tempo um fator que modifica a *psique* do autor do delito. Nessa lógica, passado certo lapso temporal do delito, defende-se que, sobrevivendo uma condenação criminal por conta desse fato, a conseqüente punição recairia sobre uma pessoa com uma mentalidade diferente daquela que perpetrou o ato criminoso.

Em outras palavras, clarificando o entendimento, tem-se a lição de Bitencourt:

O tempo muda a *constituição psíquica* do culpado, pois eliminou-se o nexó psicológico entre o fato e o agente; na verdade, com longo decurso de tempo, será “outro indivíduo” quem irá sofrer a pena, e não aquele que, em outras circunstâncias, praticou o crime no passado. (2012, p. 870)

Para o mesmo autor, essa teoria em muito se aproxima daquela que defende a presunção de emenda como fundamento da prescrição penal. Nessa linha de exposição, chega a lecionar que “para ambas as teorias, houve a recuperação do criminoso em virtude do fluir temporal” (BITENCOURT, 2012, p. 876).

O cerne desse fundamento foi identificado pelo Tribunal Supremo da Espanha na STS 4519, conforme aponta Ernesto Pedraz Penalva:

Es indudable y resulta obvio que cuando se juzga más allá de un plazo razonable (cualquiera que sea la causa de la demora) se está juzgando a un hombre distinto en sus circunstancias personales, familiares y sociales por lo que la pena no cumple, ni puede cumplir con exactitud las funciones de ejemplaridad y de reinserción social de culpable, que son fines justificantes de la sanción. (1997 *apud* LOPES Jr., 2011, p. 146)

Alguns doutrinadores defendem que a sustentação dessa teoria também encontra apoio em dispositivos de nosso CP. Citam, assim, como fundamento a redução da prescrição para menores de 21 anos (prevista no art. 115, CP), defendendo que tal medida arrazoar-se-ia pela maior possibilidade de mudança da constituição psíquica entre os mais jovens.

2.2.2.6 Razoável Duração do Processo

Salvo nas infrações constitucionalmente consideradas imprescritíveis, não se coaduna com o fim da jurisdição – que, em última análise, é a realização da justiça – deixar um indivíduo sujeito *ad infinitum* ao império do poder punitivo estatal.

A corroborar referido entendimento, expõe-se a doutrina de Noronha:

(...) não se pode admitir que alguém fique eternamente sob ameaça da ação penal, ou sujeito indefinidamente aos seus efeitos, antes de ser proferida sentença, ou reconhecida sua culpa (em sentido amplo). Seria o vexame sem fim, a situação interminável de suspeita contra o imputado, acarretando-lhe males e prejuízos, quando, entretanto, a justiça ainda não se pronunciou em definitivo, acrescentando-se (...) que o pronunciamento tardio longe estará, em regra, de corresponder à verdade do fato e ao ideal de justiça. (2003, p. 361)

Elevado à condição de direito fundamental em nosso ordenamento jurídico, por intermédio da Emenda Constitucional nº 45/2004, esse fundamento é encontrado

no art. 5º, LXXVIII de nossa Carta Maior, o qual dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a **razoável duração do processo** e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (grifo nosso)

Na mesma linha, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, assegurou esse direito, dispondo em seu art. 6º, n. 1, o que segue:

Toda pessoa tem direito a um **juízo dentro de um tempo razoável**, perante um tribunal independente e imparcial constituído por lei, para fins de determinar seus direitos e deveres de caráter civil ou sobre o fundamento de qualquer acusação penal que lhe seja imputada. (grifo nosso)

No mesmo sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos (de 1969) também o acolheu, estampando em seu art. 7º, n. 5, o seguinte:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o **direito de ser julgada em prazo razoável** ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. (grifo nosso)

Apesar de a ideia de que todos os acusados têm direito à razoável duração do processo ser relativamente nova no nosso cenário jurídico, pode-se considerar que o instituto da prescrição mostra-se, indubitavelmente, ao lado de outros institutos jurídicos – tal qual, *verbi gratia*, o relaxamento da prisão por excesso de prazo –, como um mecanismo de efetivação dessa garantia.

2.2.3 NATUREZA JURÍDICA

O estudo da natureza jurídica da prescrição penal sofre o influxo de uma diversidade de opiniões entre os doutrinadores. Nessa linha, as opiniões gravitam em torno de três centros argumentativos: a) parte da doutrina entende que o instituto tem natureza jurídica de direito material; b) outro posicionamento argumenta no sentido de ser de natureza processual; e c) há quem defenda ter a prescrição um caráter dúplice (natureza jurídica material e processual).

No entendimento de Juarez Cirino dos Santos (*apud* MAYA, 2009), que se apoia, por sua vez, nas lições de Welzel, a prescrição possui natureza mista, na medida em que, de um lado, inviabiliza a persecução criminal e, de outro, extingue a possibilidade de aplicação da pena propriamente dita. Ou seja, defendem que a prescrição penal apresenta-se como um impedimento processual, mas também como uma causa jurídica material de exclusão da pena (VERA BARROS, 1960).

Advogando no sentido de se considerar o instituto como tendo natureza processual, José Rogério Cruz Tucci argumenta que o “decorso do tempo interfere diretamente sobre o vigor probatório necessário para o juízo de condenação ou de execução” (*apud* MAYA, 2009, p. 130). Na mesma senda teórica, há doutrinadores que entendem que sua incidência importa um obstáculo à ação penal, não anulando, dessa feita, a punibilidade, e sim impossibilitando o Estado de iniciar a persecução penal (VERA BARROS, 1960).

Domina no cenário jurídico, no entanto – bem como é acompanhado pela maioria das legislações (inclusive a nossa) –, o entendimento de que a prescrição penal possui natureza jurídica de direito material. Cite-se, como um dos argumentos dessa proposição, o fato de o transcurso do tempo caducar a pretensão punitiva do Estado, ou seja, seu direito de punir no caso concreto (portanto, afeto ao direito material penal).

Seguindo essa linha, mister registrar que essa orientação deu-se muito pela mudança de paradigma implementada a partir do Decreto 774 (de 1890), ratificada pelos Códigos Penais de 1890 e de 1940, assim como por todas as demais alterações legislativas que se sucederam. Desde então, a prescrição, seja da pretensão punitiva ou da executória, tem sido tratada como pertencente ao âmbito do direito material como causa extintiva da punibilidade (MAYA, 2009).

Quem advoga no sentido de ser a prescrição um instituto de natureza material, preleciona que sua incidência faz desaparecer a pretensão punitiva do Estado, e não o seu direito de ação, conforme se verifica pelo magistral ensinamento de Andrade:

A ação penal não se confunde com o direito punitivo do Estado, por ser ela um direito abstrato e autônomo que tem o Estado-administração, em face do Estado-juiz, ao julgamento sobre o mérito de uma pretensão punitiva deduzida na acusação. (...) a prescrição extingue tão-somente o direito de punir, ou, em outras palavras, o poder-dever do Estado de concretizar a pretensão punitiva. Não é de

boa técnica falar em prescrição da ação, do crime, da pena ou da condenação. (1979, p. 31 e 33)

Assim, se a pretensão punitiva do Estado é de direito material, a prescrição, que tem como resultado justamente o cancelamento dessa pretensão em seu aspecto dinâmico, deve compartilhar dessa mesma natureza. Com efeito, os efeitos processuais de sua incidência não são mais que uma consequência da extinção do poder punitivo estatal (VERA BARROS, 1960).

No que pertine à relevância jurídica dessa distinção, cumpre apontar a diferenciação estabelecida quanto à contagem de prazos entre institutos de natureza processual e de índole penal. Se fosse considerado um instituto de natureza processual, estaria sujeito ao regramento estabelecido no art. 798, § 1º do Código de Processo Penal (doravante CPP)⁷, o qual dispõe que não se computará o dia do começo e incluir-se-á o do vencimento.

Em razão de a prescrição ter natureza penal, conforme demonstrado anteriormente, a contagem de seus prazos sujeitam-se à disciplina do art. 10 do CP, o qual dispõe: “*O dia do começo inclui-se no cômputo do prazo*”. Ou seja, devemos computar o dia do começo na contagem dos prazos prescricionais.

Além disso, outra importante derivação prática dessa diferenciação radica-se na estipulação de vigência de determinada lei que discipline o tema. Assim, se estipulássemos que o instituto teria natureza processual, sobrevindo alguma legislação modificando sua disciplina, essa nova lei teria vigência imediata, não importando se prejudicasse ou beneficiasse o réu.

De outro lado, tendo o instituto natureza penal, qualquer legislação que modifique a sua disciplina estará sujeita à garantia constitucional inserta no art. 5º, XL da Constituição da República Federativa do Brasil (doravante CRFB)⁸, a qual salvaguarda que nenhuma lei dessa natureza poderá retroagir, salvo para beneficiar o réu.

⁷ CPP, art. 798, § 1º Não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento.

⁸ CRFB, art. 5º, XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

3. MODALIDADES E ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO

No presente capítulo, discorrer-se-á sobre as modalidades e espécies de prescrição penal. Nessa linha, serão apresentadas as duas modalidades de extinção da punibilidade pela prescrição penal, cujas denominações são: prescrição da pretensão punitiva (doravante PPP) e prescrição da pretensão executória (doravante PPE).

Em um primeiro momento, será analisada a modalidade PPP com a especificação de duas das suas três espécies. Assim, serão estudadas a PPP em abstrato e a PPP intercorrente.

Na sequência, será abordada a prescrição da pretensão executória, esclarecendo-se, dessa forma, seu conteúdo e os requisitos necessários à sua incidência.

Por derradeiro, iniciar-se-á a abordagem da prescrição penal que se mostra como objeto central de nosso estudo: a prescrição da pretensão punitiva retroativa. Nesse aspecto, seu estudo será delineado pela exposição de seu conteúdo e de seu histórico, lançando, dessa maneira, uma base conceitual para a análise da Lei n. 12.234/2010, que será examinada no capítulo subsequente.

3.1 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

Como já tivemos oportunidade de verificar anteriormente, entende-se que o instituto da prescrição deve ser analisado discriminando-o, primeiramente, em duas modalidades. Assim, teríamos, de um lado, a prescrição da pretensão punitiva e, de outro, a prescrição da pretensão executória.

Como as peculiaridades da segunda modalidade serão apresentadas posteriormente nessa exposição, importa saber, no momento, que a prescrição da pretensão punitiva é dividida em três espécies. Nesse sentido, temos a PPP em abstrato, a PPP intercorrente e a PPP retroativa, sendo que essas, caso incidam no caso concreto, farão extinguir a pretensão punitiva do Estado.

Assim, sobre a matéria, doutrina Bitencourt:

A prescrição da pretensão punitiva só poderá ocorrer antes de a sentença penal transitar em julgado e tem como consequência a eliminação de todos os efeitos do crime: é como se este nunca tivesse existido.

O lapso prescricional começa a correr a partir da data da consumação do crime ou do dia em que cessou a atividade criminosa (art. 111), apresentando, contudo, causas que o suspendem (art. 116) ou o interrompem (art. 117). (2012, p. 871)

Em síntese, tem-se que a prescrição da pretensão punitiva só poderá ser declarada no interregno marcado entre a data da consumação do crime e o trânsito em julgado definitivo da sentença penal condenatória.

3.1.1 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM ABSTRATO

Como ainda não temos uma pena concretizada em sentença penal condenatória para tomarmos como parâmetro aferidor do lapso prescricional, denominamos essa espécie de *abstrata*. Nessa senda, o prazo dessa modalidade regula-se pela pena máxima privativa de liberdade cominada no preceito secundário do delito.

Concorrem para a correta fixação do prazo prescricional atinente a essa espécie as majorantes e minorantes, exceto as referentes ao concurso formal próprio e ao crime continuado. Dessa feita, em se tratando de majorante, considera-se o fator que mais aumente a pena; no que pertine às minorantes, o fator que menos a diminua.

A referência legal a essa espécie de prescrição vem disposta no art. 109 (CP), o qual teve sua redação alterada por conta da Lei nº 12.234/2010, conforme segue:

Prescrição antes de transitar em julgado a sentença

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

Socorrendo-se do passo-a-passo adotado por Bitencourt (2012) – com algumas modificações –, demonstrar-se-á a forma pela qual é possível descobrir a quantidade de prescrição em abstrato que regulará o crime praticado.

Assim, para cumprir esse desiderato, orienta-se a adoção do seguinte procedimento:

a) Observar o máximo de pena privativa de liberdade cominado à infração penal.

Identificado o tipo penal ao qual a ação perpetrada subsume-se, reporta-se ao seu preceito secundário e pinça-se como base de cálculo o máximo de pena nele estabelecido.

b) Verificar se há alguma majorante ou minorante obrigatórias, exceto as referentes ao concurso formal próprio⁹ e ao crime continuado¹⁰.

Eventual existência de causa modificadora da pena deve ser considerada para o fim de se agregar ao máximo de pena encontrado no passo anterior.

Conforme exposto anteriormente, em razão de o interesse público pautar a matéria concernente à prescrição, é necessário que se considere, no que diz respeito às majorantes, o fator que mais aumente a pena e, no que tange às minorantes, o fator que menos a diminua.

Frise-se que as agravantes e atenuantes não geram nenhuma repercussão no cálculo dessa modalidade prescritiva. A exceção dá-se quanto às atenuantes da menoridade (art. 65, I, primeira parte, CP) e da velhice (art. 65, I, última parte, CP), as quais, como se verificará no próximo passo, modificam o prazo prescricional por força de possuírem o mesmo suporte fático do art. 115, CP.

⁹ Concurso formal próprio ocorre quando o agente, “mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não” (art. 70 do CP), sendo que o(s) crime(s) concorrente(s) realizou(aram)-se de forma culposa. Nesses casos, há a incidência da majorante de “um sexto até metade”, mas essa não será contabilizada no cálculo da prescrição em inteligência ao art. 119, CP.

¹⁰ Crime continuado, conforme preceitua o art. 71 do CP, é aquele em que “o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro”. Por força da Súmula 497 do STF, a majorante “de um sexto a dois terços”, cabível nesse tipo de delito, não deve ser considerada no cálculo do prazo prescricional.

c) *Verificar se há alguma das causas modificadoras desse prazo.*

Cotejando o tempo encontrado após os dois passos anteriores com a tabela fornecida pelo art. 109 do CP, obtém-se o prazo prescricional preliminar da prescrição em abstrato. A denominação *preliminar*, esclareça-se, tem em conta a possibilidade de incidência de causas modificadoras desse prazo.

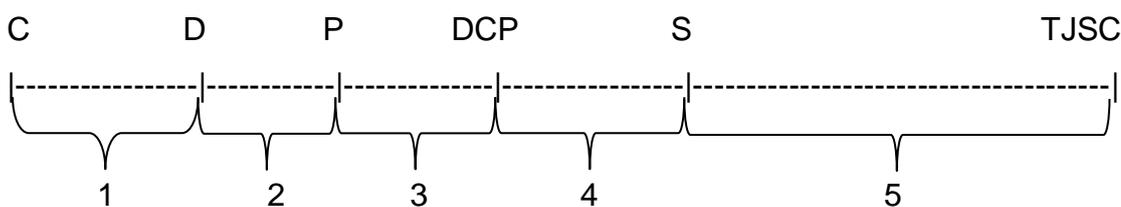
Essas causas modificadoras vêm previstas no art. 115 do CP, *in verbis*:

Art. 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.

Para a melhor visualização do modo de incidência dessa espécie de prescrição da pretensão punitiva, dispôs-se abaixo de duas figuras que têm a pretensão de demonstrar os seus termos iniciais e finais, bem como os seus momentos interruptivos.

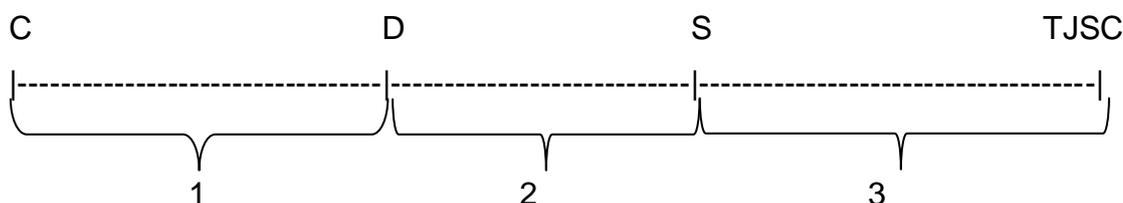
Em razão de os crimes dolosos contra a vida demandarem rito diferenciado, bem como considerando que esse tipo de processo possui atos processuais peculiares que interrompem a prescrição (previstos no art. 117, II e III, CP¹¹), resolvemos fazer uma análise em separado dessa situação.

Crimes dolosos contra a vida:



¹¹ Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se:
 (...)
 II - pela pronúncia;
 III - pela decisão confirmatória da pronúncia;
 (...).

Crimes comuns:



C = data do crime¹²

D = data do recebimento da denúncia

P = data da pronúncia

DCP = publicação da decisão confirmatória da pronúncia

S = publicação da sentença ou do acórdão condenatórios recorríveis

TJSC = trânsito em julgado definitivo da sentença condenatória (tanto para a acusação quanto para a defesa)

1, 2, 3, 4 e 5 = períodos durante os quais o prazo de contagem da prescrição da pretensão punitiva em abstrato estará fluindo.

Desse modo, após encontrar-se o prazo prescricional da PPP em abstrato – utilizando-se o método anteriormente referido –, faz-se a sua contabilização nos períodos que são balizados pelos atos interruptivos da prescrição.

Com o intuito de vergastar qualquer dúvida a respeito dessa espécie de prescrição, passa-se a realizar um exercício para verificar a sua aplicação diante de um caso concreto hipotético.

Caso concreto: no dia 1º de janeiro do ano de 2000, um indivíduo chamado *Dante*, de 20 anos de idade, cometeu o crime de furto em uma residência, durante o repouso noturno de seu proprietário.

Inicia-se, dessa maneira, o cálculo da PPP abstrata que regulará esse caso:

1º - de acordo com o preceito secundário do art. 155 do CP (que tipifica a conduta praticada), o máximo de pena cominada ao referido delito é de quatro anos.

¹² A fim de se estabelecer com precisão a data em que foi praticado o crime, resta imprescindível o exame do disposto no art. 111, incisos I ao IV, CP.

2º - como há uma majorante incidente nesse caso – a saber, a prevista no § 1º, do mesmo art. –, deve-se inseri-la no cômputo da prescrição abstrata. Assim, como a majorante é de um terço, calcula-se o produto dessa fração sobre o prazo de 4 anos. Nesse caso, tem-se como resultado 1 ano e 121¹³ dias de pena majorada.

Somando-se os valores, encontra-se um prazo de pena abstrata no total de 5 anos e 121 dias.

Cotejando-se o tempo máximo de pena encontrado com a tabela fornecida pelo art. 109, CP, percebe-se que a prescrição abstrata será de 12 anos, uma vez que “o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito” (art. 109, III, CP).

3º - Percebe-se, desde logo, a presença de uma causa modificadora desse prazo, porquanto o agente era, ao tempo do fato, menor de vinte e um anos. Nesse caso, aplicando-se o art. 115 do CP, reduzir-se-á pela metade o prazo prescricional.

Por derradeiro, operando-se o cálculo, finalmente chega-se ao prazo da prescrição da pretensão punitiva em abstrato do caso hipotético apresentado. Assim, tem-se que o aludido prazo prescricional será de 6 anos (redução de metade dos 12 anos encontrados preliminarmente).

Aplicando-se o prazo encontrado com os entendimentos esposados anteriormente, resta aclarado que, caso os períodos representados pelos números 1, 2 e 3 na figura precedente extrapolem esses 6 anos, estará operada a extinção da punibilidade do agente por conta da PPP em abstrato.

¹³ A multiplicação $4 \times \frac{1}{3}$ tem como resultado o número 1,33. Temos, por consequência, 1 ano mais 0,33 de ano. No caso, 0,33 de ano corresponde a 121,66 dias. Como o art. 11 do CP ordena que as frações de dia devem ser desprezadas, chegamos ao valor total de 1 ano e 121 dias, o qual foi acrescido aos 4 anos da pena máxima cominado ao delito de furto.

3.1.2 PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA INTERCORRENTE

Também denominada de subsequente ou superveniente, configura-se, outrossim, como espécie de prescrição da pretensão punitiva, ocorrendo, por conseguinte, antes do trânsito em julgado definitivo da sentença penal condenatória.

Essa prescrição possui como requisito de sua formação o trânsito em julgado para a acusação (ou, ainda, do improvimento de seu recurso) em relação à pena fixada na sentença penal condenatória. Como se sabe, na situação apresentada, essa pena não poderá mais ser agravada, por força do princípio da *non reformatio in pejus* – consagrado no art. 617, do Código de Processo Penal.

Nessa situação, em razão de não poder mais ser agravada, essa pena poderá servir de novo parâmetro para o cálculo da prescrição, desaparecendo, assim, a necessidade de trabalharmos com uma pena *in abstracto*.

Na mesma senda, encontramos o magistério de Delmanto:

(...) a prescrição subsequente não se baseia mais no máximo da pena abstratamente prevista em lei, mas na *pena em concreto*, ou seja, na quantidade da pena que a sentença condenatória julgou ser merecida por aquele determinado acusado, em razão de sua conduta apurada no processo. (2002, p. 225)

A fim de podermos aplicar essa espécie de PPP, faz-se necessário a concorrência de três pressupostos – conforme lição de Bitencourt (2012) –, quais sejam:

- a) Inocorrência de prescrição abstrata e de prescrição retroativa¹⁴;
- b) Sentença condenatória;
- c) Trânsito em julgado para acusação ou improvimento de seu recurso¹⁵.

A referência legal dessa espécie prescritiva vem prevista no § 1º, do art. 110 (CP), que foi alterado pela Lei nº 12.234/2010. Segue o teor do referido dispositivo:

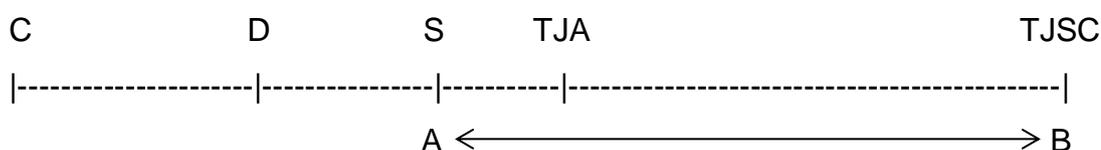
¹⁴ A prescrição retroativa será trabalhada posteriormente na sequência dessa exposição.

¹⁵ Acerca do tema, cabe referir o esclarecimento de Damásio de Jesus, para o qual “não impede a prescrição a apelação que, deixando de buscar o agravamento da pena detentiva, vise, v. g., a cassação do sursis, a imposição de medida de segurança, agravação da pena de multa etc.” (2009, p. 44).

CP, Art. 110, § 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

Apesar de ter causado efeitos consideráveis na disciplina da prescrição retroativa, a referida Lei n. 12.234/2010 em nada alterou o regramento da PPP intercorrente. Em verdade, cumpre registrar que as duas referidas espécies de prescrição têm como referência legal o mesmo dispositivo, diferenciando-se apenas quanto aos lapsos de incidência do prazo prescricional encontrado.

Utilizando-se do mesmo recurso exposto por ocasião da apresentação da PPP em abstrato, oferece-se também uma figura representando a ocorrência da PPP intercorrente (segue abaixo). Como a sua incidência mostra-se presente da mesma maneira qualquer que seja o rito processual, dessa vez, há somente uma figura representada.



C = crime

D = recebimento da denúncia

S = publicação da sentença penal condenatória

TJA = trânsito em julgado para a acusação referente à pena privativa de liberdade fixada na sentença condenatória (ou, ainda, podendo se considerar como o improvimento do recurso acusatório)

TJSC = trânsito em julgado da sentença penal condenatória

A ←→ B = período durante o qual está fluindo o prazo da prescrição da pretensão punitiva intercorrente

Seguindo novamente a doutrina trilhada por Bitencourt (2012), declinam-se as providências que devem ser adotadas para se encontrar o prazo prescricional da PPP intercorrente. Nesse sentido, deve-se:

- a) Tomar a pena concretizada na sentença penal condenatória;
Nesse passo, computa-se a pena aplicada, excetuando-se do cálculo as majorações decorrentes do concurso formal próprio e do crime continuado.
- b) Verificar qual é o prazo prescricional correspondente (art. 109, CP);
- c) Analisar a existência de causa modificadora do lapso prescricional, cuja única possibilidade, nesse caso, é a do art. 115, CP.

Retomando o exemplo anteriormente oferecido – o qual trata acerca de um indivíduo de nome Dante que cometeu furto –, passa-se a realizar, da mesma forma, uma nova aplicação hipotética da espécie de prescrição em comento ao referido caso.

Inicialmente, cumpre agregar, ao exemplo trazido à baila, alguns elementos. Desse modo, imagine-se que o magistrado prolatou uma sentença penal condenatória fixando a pena privativa de liberdade em 1 ano e três meses, e que esta restou publicada em 1º/01/2008.

Em seguida, o réu apelou dessa sentença, a qual, no entanto, não foi vergastada por nenhum recurso por parte do Ministério Público. Nesse caso, resta claro que a pena fixada em primeiro grau não poderá ser aumentada por nenhum dos demais graus de jurisdição (inteligência do art. 617, CPP).

Em razão do ocorrido, a pena aplicada *in concreto* poderá ser utilizada como parâmetro para verificação do prazo prescricional que irá regular o caso. Assim, cotejando a pena aplicada com a tabela do art. 109 (CP), chegamos a um prazo prescricional de quatro anos (art. 109, V, CP).

Como Dante era, ao tempo do crime, menor de 21 anos, deve-se aplicar a norma contida no art. 115, CP. Assim procedendo, tem-se finalmente fixado o prazo da PPP intercorrente em 2 anos.

Por conta disso, fica estabelecido que o Estado tem até 2 anos, contados a partir da publicação da referida sentença condenatória, para torná-la definitiva. Ou seja, caso não haja o seu trânsito em julgado definitivo até o dia 31/12/2009¹⁶, estará extinta a punibilidade de Dante.

¹⁶ Prazo de dois anos contado com base na regra estampada no art. 10, CP.

Importa frisar, em última análise, que o marco inicial dessa espécie de prescrição é a data da publicação da sentença condenatória, ainda que um de seus pressupostos de incidência ocorra em momento posterior (como é o caso do trânsito em julgado para a acusação ou do improvimento de seu recurso). Assim, a PPP subsequente (ou intercorrente) tem como *dies a quo* a publicação da sentença condenatória e como *dies ad quem* o trânsito em julgado definitivo dessa mesma sentença.

3.2. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

Transitada em julgado a sentença penal condenatória, sucede-se a transformação do direito de punir concreto em *jus executionis*. É dizer, o Estado adquire o poder-dever de executar a pena estabelecida na sentença final condenatória.

A respeito do tema, traz-se à baila lição de Lopes Jr.:

Depois de a sentença penal condenatória transitar em julgado, criam-se as condições para o exercício do poder de punir. Ademais de julgar e determinar a pena, também corresponde ao poder jurisdicional a função de executar a pena. (2011, p. 105)

Ocorre, no entanto, que essa pretensão de executar a pena imposta na referida decisão deve se materializar dentro de certo lapso temporal, variável de acordo com a pena concretamente aplicada (prescrição da pretensão executória), assim como ocorre com a pretensão de aplicar uma sanção ao agente que perpetrado determinado delito (prescrição da pretensão punitiva).

Conforme apresentado alhures, diferentemente da prescrição da pretensão punitiva (e de suas espécies abstrata, retroativa e intercorrente), a prescrição da pretensão executória (PPE), quando verificada, faz com que se extinga a possibilidade de execução da pena. Assim, o que prescreve não é a sentença, nem a pena em si, e sim a ação do Estado para efetivar sua execução.

Dessarte, ainda que nessas duas modalidades de prescrição (punitiva e executória) haja a extinção da punibilidade, as consequências da ocorrência de uma

e de outra mostram-se merecedoras de pontual discriminação. Nesse sentido, ao passo que na prescrição da pretensão punitiva o Estado perde seu direito de julgar a lide e aplicar uma sanção penal, na prescrição da pretensão executória esvai-se o seu direito de executar a pena já imposta.

No tocante à consequência dessa diferença *in concreto*, leciona Damásio de Jesus (2009, p. 98 e 99):

A declaração da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória impede a execução das penas e da medida de segurança (CP, art. 96, parágrafo único), subsistindo as consequências de ordem secundária da sentença condenatória, como **o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, pagamento das custas processuais, reincidência** (salvo o disposto no art. 64, I) etc.. Assim, embora incidente a prescrição da pretensão executória, a **sentença condenatória pode ser executada no juízo cível para efeito de reparação do dano** (CPP, art. 63). Se o condenado efetuou a prestação de **fiança**, seu valor, não obstante a extinção da punibilidade, fica sujeito ao **pagamento das custas e reparação do dano** (CPP, art. 336 e parágrafo único). (grifos nossos)

Em razão do exposto, restam assentes as diferenças entre as duas modalidades de prescrição.

É de se referir, ainda, que a previsão legal da PPE vem estampada no art. 110 de nosso Estatuto Repressor, que é novamente transcrito abaixo, para fins de visualização por completo do comando legal motriz do instituto da prescrição penal:

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

§ 2º (Revogado pela Lei nº 12.234, de 2010).

Seguindo a linha de exposição, vem aclarar o magistério de Delmanto acerca do dispositivo acima estampado:

Este dispositivo contém, na verdade, três formas distintas de prescrição: 1) No *caput*, disciplina a prescrição da pretensão executória (ou “da condenação”). 2) No § 1º, a que o precedente art.

109 faz remissão e ressalva expressas, está a chamada prescrição subsequente à sentença condenatória (ou superveniente a condenação). 3) Pela conjunção dos seus §§ 1º e 2º, (...) encontra-se a prescrição retroativa. As três formas têm em comum conterem a prescrição pela pena fixada em concreto, e não pelo máximo previsto em abstrato pela lei ao crime. Todavia, embora inscritas todas num só artigo, não pertencem à mesma espécie prescricional. Enquanto a primeira concerne à prescrição da pretensão executória, as duas últimas dizem respeito à prescrição da pretensão punitiva. (2002, p. 223 e 224)

Conforme se observa, o § 2º – a que faz referência Delmanto no excerto acima – restou revogado pela Lei nº 12.234/2010. No entanto, como a previsão legal da prescrição retroativa (apesar de modificada) passou do § 2º para o § 1º do referido artigo, basta analisar-se a doutrina acima com lentes atualizadas pela referida legislação, permanecendo sem reparos o bojo da lição ministrada pelo insigne jurista.

No que diz respeito ao *dies a quo* do prazo prescricional dessa modalidade de prescrição, entende-se que – apesar de imprescindível a presença do trânsito em julgado definitivo para podermos trabalhar com a prescrição da pretensão executória – o seu termo inicial pode ocorrer já com o trânsito em julgado para a acusação.

Nesse sentido, aponta a melhor doutrina:

O prazo começa a correr do dia em que transitar em julgado a sentença condenatória para a acusação, mas o *pressuposto básico* para essa espécie de prescrição é o trânsito em julgado para a acusação e defesa, pois, enquanto não transitar em julgado para a defesa, a prescrição poderá ser a intercorrente. Nesses termos, percebe-se, podem correr paralelamente dois prazos prescricionais: o da *intercorrente*, enquanto não transitar definitivamente em julgado; e o da *executória*, enquanto não for iniciado o cumprimento da condenação (...). (BITENCOURT, 2008, p. 736)

Com efeito, há alguma similaridade entre as prescrições (da pretensão punitiva) intercorrente e (da pretensão) executória; entretanto, mister sublinhar que (além de outras diferenças) enquanto a prescrição intercorrente tem como termo inicial a data da publicação da sentença condenatória (conforme referido anteriormente), a prescrição executória tem como termo inicial a data do trânsito em julgado para a acusação.

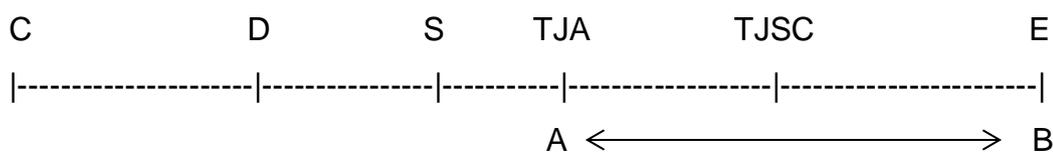
A corroborar esse entendimento, merece destaque a doutrina de Flávio Augusto Monteiro de Barros (2004, p. 622):

A prescrição executória só poderá ser analisada após o trânsito em julgado da sentença acusatória para ambas as partes (MP, assistente, réu, querelante e querelado). Dá-se o trânsito em julgado quando a sentença se torna irrecorrível. Se ainda não transitou em julgado para uma das partes, não é possível analisar a ocorrência da prescrição executória. Malgrado a exigência do trânsito em julgado para ambas as partes, a prescrição executória começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação (art. 112, I, do CP). Assim, **com o trânsito em julgado para a acusação, a prescrição executória já começa a fluir, mas só poderá ser analisada a partir do trânsito em julgado para ambas as partes.** (grifo nosso)

Diante do exposto, para melhor entender a prescrição executória, resta apresentar os pressupostos necessários à sua incidência. Nesse sentido, apoiando-se nas lições de Bitencourt (2012), seguem as condições que devem concorrentemente estar presentes para que possamos passar a analisar a ocorrência da PPE no caso concreto:

- a) Inocorrência de prescrição da pretensão punitiva em qualquer de suas espécies (em abstrato, retroativa ou intercorrente);
- b) Sentença condenatória transitada em julgado para ambas as partes;
- c) Não satisfação da pretensão executória estatal. Ou seja, não flui o prazo prescricional da PPE enquanto o Estado estiver executando a pena imposta.

Abaixo, disponibilizamos (assim como foi feito com as espécies de prescrição anteriormente expostas) uma figura que tem por desiderato realizar uma representação da ocorrência da prescrição da pretensão executória:



C = crime

D = recebimento da denúncia

S = publicação da sentença penal condenatória

TJA = trânsito em julgado para a acusação referente à pena privativa de liberdade fixada na sentença condenatória

TJSC = trânsito em julgado da sentença condenatória (tanto para a acusação quanto para a defesa)

E = início da execução da pena fixada na sentença penal condenatória transitada em julgado

A \leftrightarrow B = período durante o qual está correndo o prazo prescricional da pretensão executória

Mister deixar consignado, por derradeiro, que Bitencourt (2012) também fornece método interessante para fins de se encontrar o prazo da PPE. Nessa linha, o referido doutrinador elenca os seguintes passos:

1. Tomar a pena privativa de liberdade imposta na sentença condenatória:
 - a. Na hipótese de fuga ou de revogação de livramento condicional, tomar-se-á o restante de pena a cumprir, para obtenção do prazo prescricional (art. 113, CP)
 - b. No caso de concurso formal e de crime continuado, deverá, também, ser desprezado o *quantum* de majoração a eles pertinente

2. Verificar qual é o prazo correspondente (art. 109 do CP)

3. Analisar a existência de causas modificadoras do lapso prescricional:
 - a. Reincidência, reconhecida na sentença: eleva em um terço o prazo prescricional (art. 110, CP)¹⁷
 - b. Hipóteses previstas no art. 115 (CP): reduzem pela metade o lapso prescricional

¹⁷ Súmula 220, STF: A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva.

3.3. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RETROATIVA

Entende-se a prescrição retroativa como sendo uma das espécies de causa extintiva da pretensão punitiva, assim como a PPP em abstrato e a PPP intercorrente. Sua disciplina legal vem estampada no art. 110, § 1º do nosso Estatuto Repressor, conforme alteração legislativa empreendida pela Lei nº 12.234/2010.

Sua forma de incidência assemelha-se a da PPP intercorrente, tendo como principal aspecto distintivo a direção temporal para a qual devemos efetuar a contagem do prazo prescricional. Na prescrição intercorrente, o prazo flui de maneira natural (“para frente”), tendo como marco inicial a publicação da sentença penal condenatória; na retroativa, o prazo prescricional é contado retroativamente (“para trás”), tendo, da mesma forma, a publicação da sentença penal condenatória como *dies a quo* da aludida espécie de PPP.

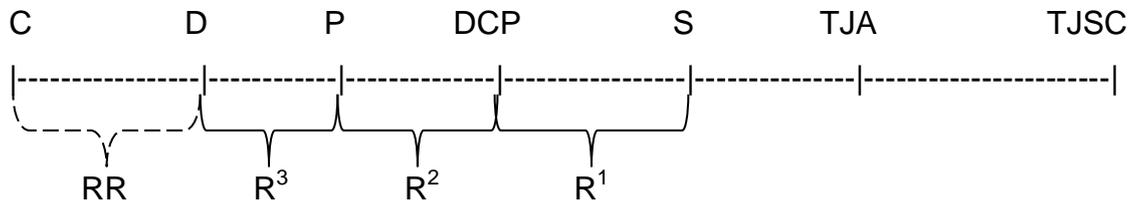
Ainda referindo-se às coincidências entre as duas espécies de prescrição, giza-se que ambas possuem pressupostos de incidência similares. Nesse sentido, destaca-se o magistério de Bitencourt (2012), para o qual devemos atentar para três elementos que devem se conjugar antes de analisarmos a incidência da prescrição retroativa. São eles:

- a) Inocorrência da prescrição abstrata;
- b) Sentença penal condenatória;
- c) Trânsito em julgado para a acusação ou improvimento de seu recurso.

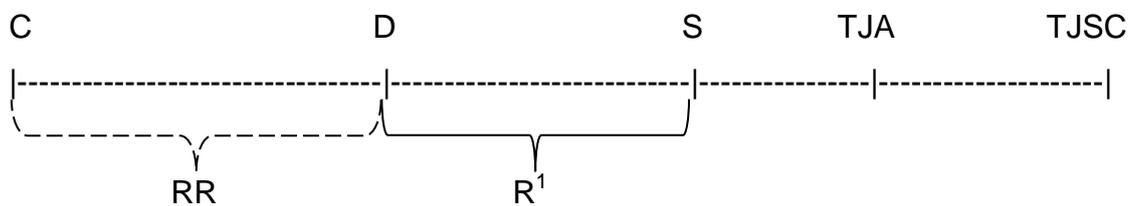
Releva consignar que, em relação ao item “c”, há novamente um ponto em comum entre as prescrições retroativa e intercorrente. Isso porque, para ambas espécies, esse constitui um requisito essencial para sua incidência, ainda que o marco inicial de sua contagem dê-se em momento anterior, a saber, a data da publicação da sentença condenatória.

Segue abaixo uma representação gráfica dos momentos de possível incidência da prescrição retroativa. Assim como procedemos à prescrição em abstrato, aqui também incluímos de maneira discriminada a forma de incidência da prescrição retroativa no rito processual direcionado aos crimes dolosos contra a vida.

Crimes dolosos contra a vida:



Crimes comuns:



C = crime

D = recebimento da denúncia

P = pronúncia

DCP = decisão confirmatória da pronúncia

S = publicação da sentença penal condenatória

TJA = trânsito em julgado para a acusação referente à pena privativa de liberdade fixada na sentença condenatória

TJSC = trânsito em julgado da sentença penal condenatória

R^{1, 2, 3} = períodos durante os quais deve ser verificada a ocorrência retroativa da prescrição da pretensão punitiva

RR = período durante o qual era também possível verificar a incidência da prescrição retroativa. No entanto, tal possibilidade restou extirpada por conta da Lei n. 12.234/2010

3.3.1. HISTÓRICO

Desde 1923, O Decreto n. 4.780 já disciplinava, em seu art. 35, que a prescrição incidiria pelo “*máximo da pena abstractamente cominada na lei ou a que for pedida no libelo, ou, finalmente, a que for imposta na sentença de que sómente o réo houver recorrido*”¹⁸ (mantida a grafia original).

Nílson Vital Naves (*apud* JESUS, 2009), constatou que já na vigência do referido Decreto, lançou-se base para o nascedouro da corrente jurisprudencial que entendia pela retroatividade da pena imposta na sentença condenatória no sentido de possibilitar que seu cálculo servisse à extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

Nesse sentido, o referido autor oferece, como exemplo, o *Habeas Corpus* (doravante HC) n. 28.638, “em que o STF, 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 condenatória” (JESUS, 2009, p. 122).

Já o Decreto-Lei nº 2.848 (Código Penal), em sua redação original de 1940, assim dispunha acerca da prescrição:

Prescrição, depois de transitar em julgado a sentença final condenatória

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

Prescrição, no caso de sentença condenatória, de que somente o réu tenha recorrido

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

Após a vigência do Código Penal de 1940, novamente o Supremo Tribunal Federal (doravante STF) considerou, no HC n. 29.370 (em sessão plenária de 12.06.1946), a possibilidade de, após ser fixada a pena em sentença, fazer-se com que seu montante fosse utilizado nas fases anteriores do processo penal. Com efeito, em seu voto, o Min. Castro Nunes assim argumentou:

¹⁸ Disponível no sítio <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4780-27-dezembro-1923-568835-publicacaooriginal-92160-pl.html>. Acesso 21.04.2013

Se o art. 109, depois de assentar o princípio de que a prescrição da ação é a que corre antes do trânsito em julgado da sentença final, admite uma exceção, a do parágrafo único do art. 110, (...) parece claro que a exceção se refere à prescrição do procedimento penal... A razão do dispositivo legal é óbvia: se pelo recurso do réu não seria possível uma *reformatio in pejus*, a fixação da pena se torna definitiva, retroagindo para beneficiá-lo, como se fora a pena cominada na lei. (*apud* JESUS, 2009, p. 123)

Demonstrando que ainda não se tinha como assente essa interpretação, o mesmo Tribunal, por ocasião do decidido no HC n. 29.922 (no final de 1947), consignou que o art. 110 do CP vigente à época (retro transcrito) regia tão-somente a denominada prescrição superveniente, não possuindo, dessa forma, nenhum efeito com o condão de fornecer prazo extintivo anterior à publicação da sentença. Referida orientação manteve-se até o final de 1950 (JESUS, 2009).

A partir de 1951, duas correntes diametralmente opostas digladiaram-se no plenário do Pretório Excelso. De um lado, o Min. Nelson Hungria defendendo a retroatividade da prescrição; de outro, o Min. Luiz Galloti, que era o maior opositor desse entendimento.

Argumentava Nelson Hungria no sentido de que “a pena concretizada, na ausência de recurso do Ministério Público, é a única que, no caso, correspondia *ab initio* o direito de punir por parte do Estado, de modo que a mais elementar Justiça impõe o aproveitamento do tempo decorrido entre a última causa interruptiva e a sentença condenatória” (*apud* JESUS, 2009, p. 124)

Já no entendimento de Luiz Galloti, no entanto, “a nossa lei é expressa ao atribuir efeito interruptivo à sentença condenatória recorrível (art. 117, IV) e, por igual, no dizer que, em regra, a prescrição interrompida recomeça a correr por inteiro (art. 117, §2º), a tornar claro que ficou inutilizado, para tal fim, o prazo que fluiu anteriormente”. (*apud* JESUS, 2009, p. 124)

Diante dessa celeuma jurisprudencial, até 1959, manteve-se vencedora a última tese apresentada, do modo que o STF, por maioria, decidia que a pena imposta na sentença condenatória, transitada em julgado apenas para a acusação, não detinha efeito retroativo, senão que funcionava apenas ponto deflagratório para outras espécies de prescrição.

A partir de 1960, com a alteração no quadro de Ministros, o entendimento a favor da possibilidade de retroagir a pena em concreto tornou-se novamente a ser

maioria no STF. Confirmando essa configuração, segue abaixo excerto do voto do Min. Vitor Nunes Leal, no HC n. 40.003 (publicado em 18.09.1963), o qual sustenta até mesmo a incidência da prescrição retroativa entre o delito e o recebimento da peça acusatória (e não apenas entre esse último e o trânsito em julgado para a acusação da sentença condenatória):

Pergunto: o efeito retroativo da prescrição pela pena concreta alcança também o lapso de tempo decorrido entre o delito e o oferecimento da denúncia? Parece-me que sim, porque o recebimento da denúncia interrompe a prescrição, mas no pressuposto de que não se tenha consumado, tal como acontece com a sentença condenatória, para quem admito a prescrição pela pena concreta. Num e noutro caso, o que está em jogo é o efeito retroativo da prescrição, alcançando o período transcorrido anteriormente ao ato interruptivo. Se esse efeito retroativo se produz em relação à sentença condenatória, que interromperia a prescrição não consumada, o mesmo se deve dizer do recebimento da denúncia, que só interromperia a prescrição, quando ainda não verificada. (*apud* BOTTINI, 2010, p. 06 e 07)

Foi essa lógica precisamente que fez surgir, no ano de 1964, a Súmula 146 do STF, a qual foi editada nestes termos: “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”. Conforme registrado acima, inicialmente o entendimento subjacente ao referido enunciado dava conta de uma aplicação ambivalente da prescrição retroativa.

Assim, o Pretório Excelso passou de um momento onde não admitia a aplicação da prescrição retroativa para outro em que a admitia extensivamente. Ou seja, sua incidência ocorria em dois momentos: a) da data do crime até o recebimento da denúncia e b) do recebimento da denúncia até a sentença condenatória transitada em julgado para a acusação.

Em 1970, contudo, inicia-se um movimento com o intuito de restringir a aplicação do sobredito instituto. Nessa toada, fez-se com que a referida Súmula tivesse sua atuação limitada de modo a permitir que a incidência da prescrição retroativa ocorresse somente diante dos seguintes requisitos: 1º existência de sentença condenatória de primeira instância; 2º recurso tempestivo só do réu; 3º contagem do prazo somente entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença acusatória. (JESUS, 2009; ANDRADE, 1979).

Em meio a essas idas e vindas jurisprudenciais, vieram também – a fazer parte dessa discussão – as alterações legislativas ocorridas em matéria penal. Nesse sentido, após os já referidos Decreto n. 4.780/1923 e Decreto-Lei n. 2.848/1940 (Código Penal), encorpam o debate da prescrição retroativa as Leis n. 6.416/77 e 7.209/84.

Na reforma penal de 1977 (Lei n. 6.416), embora estivesse presente o instituto da prescrição retroativa, ocorreram importantes modificações em sua configuração. Primeiramente, ficou estabelecido que sua retroatividade tinha como limite a data do recebimento da denúncia, assim como já havia se direcionado a jurisprudência do STF.

Além disso, essa reforma veio a alterar a natureza jurídica do aludido instituto. Dessa maneira, a prescrição retroativa deixou de ser uma espécie de prescrição da pretensão punitiva e passou a ser considerada uma forma extintiva da pretensão executória.

Na Exposição de Motivos do Projeto de lei n. 2 (o qual deu origem à Lei n. 6.416), esclareceu o Min. Armando Falcão que, com essa importante reforma, passou a disciplinar-se “o prazo da prescrição posterior à sentença condenatória, eliminando uma elástica interpretação que vinha sendo causa de impunidade, não só quanto à pena principal, como também à acessória, com indesejáveis efeitos jurídico-sociais”¹⁹.

Bem assim, ao alterar a natureza jurídica do sobredito instituto fez-se com que as consequências jurídicas da sentença condenatória fossem mantidas. Dessa maneira, mesmo com a incidência da prescrição retroativa, a sentença penal produziria todos os seus efeitos (reincidência, possibilidade de execução no juízo cível), exceto o que faz dela um autorizador à pretensão executória, eis ter sido esta justamente o que a prescrição retroativa passou a extinguir.

Segue o texto legal ao qual se faz referência:

Art. 110, § 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se, também, pela pena aplicada e verifica-se nos mesmos prazos.

§ 2º A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, importa, tão-somente, em **renúncia do Estado à pretensão executória** da pena principal, **não podendo**, em qualquer hipótese, **ter por**

¹⁹ Exposição de Motivos do Projeto, n.15 (*apud* JESUS, 2009)

termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia.
(grifos nossos)

Fornecendo-nos mais um capítulo a essa longa jornada da prescrição retroativa, em 11.07.1984, a Lei n. 7.209 (conhecida como a “reforma penal de 1984”) veio a modificar novamente o instituto. Desta feita, disciplinou-se que essa espécie de prescrição teria o condão de extinguir a pretensão punitiva, retomando, assim, sua natureza jurídica originária.

Além disso, retomou-se também o entendimento que se tinha no surgimento da Súmula 146, do STF, no que diz respeito ao marco inicial da prescrição retroativa. Assim, estabeleceu-se que o *quantum* de pena fixada na sentença poderia ensejar a aplicação do prazo prescricional correspondente aos marcos interruptivos anteriores do processo, incidindo também entre a data do crime e o recebimento da denúncia.

Recentemente o instituto sofreu mais uma alteração legislativa. Em 2010, foi publicada a Lei n. 12.234, que, dentre outras alterações, fez novamente uma restrição à aplicação da prescrição retroativa. No que tange às alterações empreendidas pela referida lei no regime da prescrição retroativa, será realizada uma ampla abordagem no capítulo subsequente.

4. ANÁLISE DA LEI N. 12.234/2010: EXTINÇÃO PARCIAL DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA

Neste derradeiro capítulo, realizar-se-á a abordagem dos aspectos mais relevantes trazidos pela Lei n. 12.234/2010 no que tange à prescrição retroativa. Nessa esteira, irá se discorrer acerca da origem desse diploma legal, de suas motivações, da modificação empreendida no regime da prescrição retroativa.

Indo além, também será delineado o confronto estabelecido entre os dispositivos desse novo diploma legal e alguns princípios constitucionalmente assegurados.

4.1. DO PROJETO DE LEI N. 1.383/2003 À LEI N. 12.234/2010

Originada do Projeto de Lei (doravante PL) n. 1.383/2003, a Lei n. 12.234 foi publicada em 06 de maio de 2010. Na sua gênese, o referido Projeto, de autoria do deputado Antonio Carlos Biscaia, pretendia dar fim ao instituto da prescrição retroativa. Nesse sentido, pela sua dicção original, o § 1º do art. 110, do CP, teria a seguinte redação:

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, **não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da publicação da sentença ou do acórdão**²⁰. (grifo nosso)

Como observado, por considerar que a prescrição pela pena aplicada na sentença (transitada em julgado para a acusação) não poderia ter por termo inicial data anterior à publicação da própria sentença, estaria, em outras palavras, estabelecendo-se que não haveria mais que se falar em retroatividade da prescrição.

20

Ocorre, no entanto, que essa não foi a posição vencedora na tramitação do projeto, eis que o texto legal aprovado substituiu a expressão *publicação da sentença ou do acórdão* para considerar que a prescrição ainda poderá retroagir até a *denúncia ou queixa*.

Ainda assim, importa registrar que referida lei foi publicada com uma gritante contradição em seu bojo. Isso porque, apesar de realizada a significativa substituição da citada expressão, erroneamente manteve-se a redação original do projeto em seu art. 1º, a qual denotava a já apresentada intenção do deputado Biscaia: “Esta Lei altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, **para excluir a prescrição retroativa.**”²¹ (grifo nosso)

Em razão dessa contradição, Damásio de Jesus (2010) chega até mesmo a sustentar – argumentando utilizar como base interpretação “gramatical, teleológica e sistemática, além do elemento histórico e de Política Criminal” – que a referida lei declarou a extinção integral da prescrição retroativa.

Conquanto respeitável magistério, entende-se, majoritariamente, que a sobredita legislação, após todo o amadurecimento legislativo ocorrido durante sua tramitação, teve o claro intuito de apenas restringir a aplicação da prescrição retroativa, e não de extingui-la – conforme havia sido proposto originariamente.

Somam-se inúmeros fatores que contribuem para a sustentação dessa linha argumentativa. Primeiramente, analisando-se as discussões realizadas na Câmara dos Deputados em relação ao projeto, verifica-se claramente que a emenda nº 04 ao PL, por sua vez, apresentada pelo Deputado Federal Fernando Coruja em 06.03.2007, teve a nítida pretensão de fazer com que a intenção original do projeto (extinguir por completo a prescrição retroativa) fosse substituída por um entendimento que realizasse tão-somente a limitação da incidência da referida espécie de prescrição²².

Além disso, impende ressaltar outro detalhe que faz concluir nesse mesmo sentido. Pinça-se como exemplo a legislação penal militar, a qual, como sabemos, possui uma lógica diferente da legislação penal comum, eis que mais rigorosa, com sanções penais mais severas, justamente por lidar com a tutela de bens jurídicos mais sensíveis, *verbi gratia*, a segurança nacional.

²¹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12234.htm. Acesso em 28.04.2013

²² Disponível em http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=122756 Acessado em 29 de abril de 2013.

Assim, analisando o art. 125, § 1º, do Código Penal Militar, verifica-se a existência da prescrição retroativa incidindo entre a data do recebimento da denúncia e a sentença penal militar. Nesse ponto, portanto, caso se entendesse pela extinção completa da prescrição retroativa na legislação penal, estar-se-ia admitindo que ela existiria somente no âmbito do direito penal militar, o que seria desarrazoado frente à evidente desproporcionalidade entre os dois sistemas jurídicos.

Diante do exposto, bem como por meio de outras inserções argumentativas que levam em conta garantias constitucionais, resta cristalino para os doutrinadores em geral que a Lei n. 12.234/2010 teve por desiderato extinguir parcialmente a prescrição retroativa, sendo o que vem disposto em seu art. 1º mero descuido legislativo.

4.2. A MODIFICAÇÃO EMPREENDIDA NA PRESCRIÇÃO RETROATIVA

Com a publicação da Lei 12.234/2010, o primeiro período prescricional foi eliminado, ou seja, da data do fato até o recebimento da denúncia/queixa não há mais que se falar em prescrição retroativa.

Segue abaixo quadro comparativo entre os dispositivos alterados pela Lei 12.234/2010, relacionando, de um lado, como era o seu teor antes da referida alteração legislativa e, de outro, como ficou o seu conteúdo após a publicação da nova Lei:

	Antes da Lei n. 12.234/2010	Depois da Lei n. 12.234/2010
Art. 110, § 1º	“A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.”	“A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa ”. (grifo nosso)
Art. 110, § 2º	“A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.”	Revogado

Já se sabe que, antes da aludida modificação legislativa, a prescrição retroativa poderia ser declarada em qualquer momento anterior à sentença penal condenatória que não estivesse mais sujeita ao instituto da *reformatio in pejus*. Nessa senda, então, restava consignado que suas balizas confundiam-se com os momentos interruptivos da prescrição, relacionados no art. 117, do CP, especificamente os incisos I a IV.

Dessa maneira, transitada em julgado para a acusação a pena fixada na sentença penal condenatória, cotejava-se a referida pena com a tabela inserta no art. 109 (CP). Assim procedendo, encontrava-se o prazo de prescrição a ser considerado no caso concreto. Esse prazo incidiria retroativamente até o dia em que o crime consumou-se (ou até o dia fixado pelas hipóteses contidas nos incisos II a IV do art. 111, do CP), respeitando-se os marcos interruptivos descritos anteriormente (art. 117, I a IV, do CP).

Exemplificando, imaginemos uma sentença penal condenatória que tenha fixado uma pena de reclusão em quatro anos por conta do cometimento de um roubo (art. 157, CP). Na sequência, ocorre o trânsito em julgado para o Ministério Público no que concerne à pena aplicada.

Sabendo-se que – por força do instituto da *non reformatio in pejus* (inteligência do art. 617, do CPP²³) – essa pena não poderá ser agravada, podíamos confrontá-la com o art. 109 (CP) e verificar que o prazo de prescrição que iria incidir é o de oito anos (art. 109, IV, CP).

Seguindo a linha de raciocínio anteriormente exposta, resta estabelecido que da publicação da referida sentença até o primeiro marco interruptivo imediatamente anterior a essa mesma sentença não poderia escoar prazo superior ao de oito anos, senão a pretensão punitiva restaria extinta por conta da prescrição retroativa.

Assim, ocorrendo o trânsito em julgado para a acusação da pena fixada na sentença condenatória, o *quantum* de pena aplicada é cotejado com a tabela do art. 109 (CP) e, assim, é encontrado o prazo prescricional que servirá de base à incidência da prescrição retroativa. Em seguida, coteja-se o tempo decorrido no período compreendido entre a data do recebimento da denúncia e a sentença com o prazo prescricional encontrado no raciocínio anterior; se esse tempo for maior que o referido prazo prescricional, estará operada a prescrição da pretensão punitiva retroativa.

Antes da Lei nº 12.234/2010, esse procedimento também era aplicado ao tempo decorrido no período “A” (entre a data da consumação do crime²⁴ e da data de recebimento da denúncia ou queixa). Assim, conforme foi analisado, caso esse tempo excedesse o prazo prescricional estabelecido, ocorreria (da mesma forma) a prescrição da pretensão punitiva, em razão da incidência da prescrição retroativa.

Como vimos, um dos prazos interruptivos que se tinha anteriormente era justamente o do recebimento da denúncia, eis que presente no art. 117, I. Ocorre que a Lei n. 12.234/2010 instituiu que a prescrição retroativa não poderia “ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa”.

Outra discussão, no entanto, faz-se presente em relação ao referido dispositivo. Isso porque, a nova redação do § 1º, do art. 110 (CP), também redundou no aparecimento de duas posições doutrinárias no que tange ao marco a partir do qual a prescrição retroativa foi efetivamente restringida.

²³ Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.

²⁴ Importa deixar registrado que o critério da consumação do crime não abarca todos os tipos de crimes, eis que devemos excetuar as hipóteses contidas nos incisos II a IV do art. 111, CP.

A primeira delas afirma que a referida prescrição restringe-se aos períodos compreendidos, de maneira regressiva, entre a publicação do acórdão e a publicação da sentença, e entre esta última e o *recebimento* da denúncia ou queixa. Essa é a posição firmada em algumas manifestações doutrinárias acerca do tema:

Diante disso, o termo inicial do prazo prescricional, observando a pena aplicada, somente será verificado após o recebimento da denúncia ou da queixa-crime (quando o fato for processado mediante ação penal privada). (FERRARI; FLORÊNCIO, 2010, p. 04-05)

Só não é possível agora (na prescrição retroativa) contar o tempo entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa. Em contrapartida, é possível ocorrer a prescrição entre o recebimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença. Em outras palavras: não é possível contar (para a prescrição retroativa ou virtual) o prazo pré-processual (ou extraprocessual). Só é possível contabilizar o prazo processual (a partir do recebimento da peça acusatória). (GOMES; SOUSA, 2010)

De outro lado, entretanto, é de se registrar orientação que embarca no sentido de fornecer outro entendimento acerca do mesmo dispositivo. Nessa esteira, alguns autores afirmam a necessidade de se analisar a expressão “data anterior à da denúncia ou queixa” não no sentido de remodelar o seu entendimento para “data anterior ao *recebimento* da denúncia ou da queixa”, eis que tal orientação viria dar à lei penal interpretação extensiva *in malam partem*.

Não é outro o magistério de Gilson Sidney Amâncio de Souza (2010, p. 11-12):

Assim, não se podendo dar à norma penal interpretação extensiva *in malam partem*, e não se confundindo os conceitos de oferecimento da denúncia ou queixa e de seu respectivo recebimento, correto é admitir a possibilidade de computar, para fins de prescrição retroativa, o período que medeia a apresentação da inicial acusatória e a data de seu recebimento.

Registre-se, ademais, que, no ano de 2004, semelhante discussão acerca da limitação da incidência da prescrição retroativa foi deflagrada no Senado Federal por conta do Projeto de Lei do Senado (doravante PLS) nº 199. Nessa oportunidade, desde a sua gênese, o projeto previa limitação de incidência da prescrição retroativa, no entanto, diferentemente do PL 1.383/2003 (que realizou essa extinção

parcial inserindo-a no § 1º do art. 110 do CP), o PLS 199 propunha a alteração do § 2º do referido artigo, o qual passaria a vigorar com a seguinte redação:

§ 2º A prescrição não pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou queixa.²⁵

Como se pode observar, caso o legislador quisesse se utilizar do momento do recebimento da denúncia ou queixa como marco limitador da prescrição retroativa, teria realizado esse manejo de forma expressa. Bastaria, para tanto, ter mantido a expressão original do dispositivo alterado ou, até mesmo, ter se utilizado do teor estabelecido no PLS acima exposto.

É fora de dúvida que a data da denúncia ou queixa não se confunde com a data de seus recebimentos. A data da denúncia ou da queixa consubstancia-se na data de seu protocolo no órgão judicial; de outra banda, data de recebimento da denúncia materializa-se quando do ato do juiz que admite a acusação proposta, determinando a citação do acusado.

A relevância dessa dualidade hermenêutica pode se manifestar quando, por exemplo, verifica-se no caso concreto um lapso de tempo significativo entre o oferecimento da denúncia e seu recebimento. Essa configuração torna-se bem plausível de ocorrer se considerarmos o rito sumaríssimo imposto às infrações de menor potencial ofensivo pela Lei n. 9.099/95, o qual prevê o recebimento da denúncia apenas na audiência de instrução e julgamento, ou seja, podendo ocorrer em um momento temporalmente distante em relação ao oferecimento da denúncia ou da queixa (SOUZA, 2010).

Conquanto divergirem os doutrinadores quanto à devida interpretação a ser fornecida ao novo diploma legal referido, há significativa unanimidade quanto à sua sujeição ao princípio da irretroatividade da *novatio legis in pejus*. Nessa linha, entende-se que, como seu teor veicula norma de direito material mais gravosa, deve obrigatoriamente respeitar a garantia constitucional prevista no art. 5º, XL, de nossa Carta Mãe²⁶.

²⁵ Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=68859, acesso em 23/05/2013.

²⁶ CRFB, art. 5º, XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Resta evidente, portanto, que, por força desse entendimento, tal dispositivo se aplica tão somente aos crimes praticados posteriormente ao início de sua vigência, ou seja, após o dia 6 de maio de 2010.

Acerca do tema, segue julgado de nosso egrégio Tribunal de Justiça:

O aludido prazo, considerando que o fato ocorreu em 2008, portanto, antes da modificação dada pela Lei 12.234/2010 que o alterou para 3 meses, prescrevia em 2 anos. Considerando o conteúdo penal e a lei mais benéfica da época do fato, a redação antiga do inciso VI do artigo 109 do Código Penal é que deve ser utilizada. (Apelação Crime Nº 70051886364, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 04/04/2013, Publicação: Diário da Justiça do dia 17/04/2013)

4.3. DA OFENSA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Conforme se referiu alhures, o Projeto de Lei n. 1.383/03, o qual originou o diploma legal objeto de nosso estudo, pretendia inicialmente acabar de forma definitiva com a prescrição retroativa. A razão de ser desse desiderato legislativo estaria fundada no fato de que essa modalidade de prescrição teria se revelado um “competentíssimo instrumento de impunidade”, bem como “uma potencial causa geradora de corrupção”²⁷.

Como se pôde verificar anteriormente também, majoritariamente entende-se que, na verdade, não houve a extinção da prescrição retroativa, mas tão-somente a limitação de sua incidência. Isso porque o citado projeto de lei passou por modificações consideráveis até culminar no texto publicado da Lei n. 12.234/2010.

Referentemente à discussão travada acerca dos termos utilizados pela nova lei (*denúncia* em vez de *recebimento da denúncia*), revela-se imprescindível destacar que esse não constitui nem de longe o principal problema apontado por parte dos juristas em relação ao seu teor. Assim, certamente a mais relevante crítica direcionada à Lei n. 12.234/2010 diz respeito ao seu cotejo com princípios e garantias constitucionais, do qual resultam posicionamentos que pretendem demonstrar a inconstitucionalidade dessa aludida limitação da prescrição retroativa.

²⁷ BRASIL. Projeto de Lei n. 1.383, de 02 de julho de 2003. Disponível em http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=122756 Acessado em 19 de maio de 2013.

Antes de se iniciar o exame das críticas direcionadas à alteração legislativa empreendida, vale gizar, no entanto, algumas manifestações doutrinárias que vão ao encontro do escopo mirado pela Lei nº 12.234. Entendido esse como, em um primeiro momento, o de combater por completo a existência da prescrição retroativa e, ao final do processo legislativo, o de limitar a sua incidência.

Nesse ínterim, segue o posicionamento de Danilo Marques Borges (2010):

Neste ponto, louvável a iniciativa de nossos parlamentares, visto que, efetivamente, o instituto em tela desvelava verdadeiro mecanismo de impunidade em nosso sistema, além de encerrar medida acéfala de nosso ordenamento, pois se condicionava de forma antecipada a existência de um processo a algo que só pode ser verificado após a sua existência.

Ao tratar do instituto, Damásio de Jesus assim o disse: 'Isto lembra a história de um sacerdote que, na missa de sábado a noite recomendou aos fiéis que a procissão do dia seguinte seria às quatro horas da tarde, salvo se viesse a chover, caso em que ela seria realizada às nove horas da manhã'.

Por conta disso, bem como de outras tantas críticas - de natureza jurídica e social - feitas ao instituto, entendemos, humildemente, ter andado bem o legislador ao tentar por termo a tal modalidade de prescrição.

Ao que se vê, o autor segue a linha de argumentação que acredita ser necessária a extirpação da prescrição retroativa do nosso ordenamento jurídico, a fim de que sejam promovidas a segurança social e a diminuição da impunidade.

De outro lado, porém, parcela considerável e qualificada dos juristas lança um olhar diferente à problemática apresentada. Nesse sentido, Pierpaolo Cruz Bottini arremata:

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. A nova regra compromete a isonomia e o princípio da culpabilidade (CF, art. 5.º, XLV), pois o tempo de prescrição deixa de ter relação com o contexto do crime concreto e passa a ser pautado apenas pela pena genérica, abstrata, mesmo após a instrução e a individualização do tamanho da resposta penal. (2010, p. 06-07)

Dentre os posicionamentos que se voltam contra a limitação da prescrição retroativa, observa-se, assim, a existência de quatro pontos para os quais as argumentações que defendem a inconstitucionalidade da aludida restrição convergem. Nessa esteira, alguns doutrinadores advogam no sentido de que a Lei n. 12.234/2010, ao restringir a aplicação da prescrição retroativa, ofende concomitantemente os princípios constitucionais da **individualização da pena**, da **isonomia** e da **razoável duração do processo**.

Em razão do expendido, realizar-se-á, na sequência, a exposição dos referidos princípios em cotejo com a limitação empreendida pela nova lei da prescrição da pretensão punitiva retroativa.

4.3.1 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Em nosso cenário jurídico-constitucional, há menção expressa ao princípio da individualização da pena, o qual consigna o dever de atribuir a cada indivíduo a quantidade de pena que lhe cabe de acordo com as circunstâncias específicas de seu comportamento. Significa, assim, que “a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva pelo que fez” (NUCCI, 2011, p. 86).

Nossa Corte Constitucional, na oportunidade do julgamento do HC 82.959, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 1º-9-2006, por intermédio do voto do eminente Min. Cezar Peluso, veio a nos fornecer uma ideia do conteúdo desse valioso princípio:

Evidente, assim, que, perante a Constituição, o *princípio da individualização da pena* compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII).

Para visualizarmos de que forma o princípio da individualização da pena conecta-se ao instituto da prescrição, antes devemos ter presente que a quantidade de prescrição de determinado delito possui relação direta com a pena a este cominada. Seja, assim, a pena presente no preceito secundário do tipo incriminador (a qual servirá de parâmetro para a configuração da prescrição da pretensão punitiva em abstrato); seja a pena imposta na sentença condenatória, a qual servirá de base para o cálculo das demais modalidades prescritivas.

Ocorre, portanto, uma relação direta entre pena e prescrição. Mais: observa-se que, na verdade, há uma relação de proporcionalidade entre essas duas, eis que quanto maior a pena (seja a *in abstracto* seja a *in concreto*), maior também será o lapso prescricional respectivo.

Além disso, sustenta-se que essa relação de proporcionalidade ocorre não só entre a pena e a prescrição, mas também entre essas e a culpabilidade do agente. Isso se deve ao fato de que quanto maior a culpabilidade do agente, maior será a pena a ele imposta. Desta feita, quanto maior for a pena imposta, maior será a prescrição correspondente, fechando-se, assim, o ciclo de proporcionalidade existente entre esses três importantes conceitos jurídico-penais: culpabilidade, pena e prescrição.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Hermann Herschander (2010) preleciona que “a culpabilidade deve ser a medida da pena; a pena deve ser a medida da prescrição”. Ademais, não é outro o magistério de Bitencourt:

No sistema penal brasileiro, os prazos prescricionais estão diretamente vinculados à duração das penas, nos termos contidos no art. 109 de nosso Código Penal. Dito de outra forma, a extensão do prazo prescricional está diretamente relacionada à gravidade da pena tanto daquela cominada (art. 109) quanto a que for concretizada na decisão condenatória (art. 110). Comprova-se aqui, claramente, a adoção do *princípio da proporcionalidade*, ou seja, a pena mais grave corresponde ao lapso prescricional mais extenso; a pena menos grave corresponde à prescrição em menor prazo. (2012, p. 878)

Dessa vertente, nasce o argumento de que, se o legislador constituinte alçou a individualização da pena à condição de garantia fundamental (art. 5º, XLVI²⁸),

²⁸ CRFB, Art. 5º, XLVI – a lei regulará a individualização da pena (...).

acabou impondo, como consectário lógico, a necessidade de se dar guarida constitucional também à individualização da prescrição.

Por intermédio da linha de raciocínio exposta até aqui, defende-se que a Lei n. 12.234/10, ao extirpar a incidência da prescrição retroativa no período compreendido entre a data do crime e o recebimento da denúncia, estaria, assim, fazendo com que, nesse interregno, não houvesse o respeito ao princípio da individualização da pena.

A corroborar esse entendimento acerca da necessidade de se calcular a prescrição com base na pena estabelecida por ocasião da sentença, vale apontar a doutrina de Carvalho Filho:

... não sendo de desprezar a evidência de que a pena a impor a um delinquente é a resultante das circunstâncias que envolveram o delito e de condições pessoais do réu, o que tudo é abandonado quando se calcula pela pena abstrata o prazo da prescrição da ação. (1958, p. 356)

Com efeito, ao se estabelecer que a pena imposta na decisão condenatória não servirá de base de cálculo para a prescrição incidente sobre determinado período, em última análise, estar-se-á defendendo que, nesse espaço de tempo, não haverá a individualização da pena/prescrição, e sim a sua padronização.

Bottini (2010) adverte, ainda, para uma questão que permanece em aberto após a edição da Lei n. 12.234/2010. Trata-se dos casos em que ocorre a desclassificação da tipificação do delito pela decisão judicial.

À guisa de exemplo, imaginemos o caso de um indivíduo denunciado (e tendo essa denúncia sido recebida) pela prática do crime de lesões corporais graves (art. 129, § 1º, CP). No entanto, após a instrução, o juiz prolata decisão fixando que se trata, na verdade, de enquadramento no tipo penal estampado no art. 129, *caput*, do CP (lesões corporais leves).

No caso em tela, transitando em julgado para a acusação essa decisão, o prazo de prescrição aplicável no período compreendido entre a data da publicação dessa decisão e o recebimento da denúncia será com base na pena fixada tendo em conta o crime de lesões corporais leves. No lapso temporal demarcado pelo recebimento da denúncia e pela data do crime, todavia, ainda não se sabe qual seria

a base de cálculo do prazo prescricional incidente, se o referido no art. 129, *caput*, ou se o previsto no § 1º, do mesmo art. (ambos do CP).

Flagra-se novamente, com essa nova abordagem, mais um viés de desrespeito ao princípio da individualização da pena. Isso porque, diante da situação apresentada, restam duas alternativas ao aplicador da lei:

a) Fazer com que o período compreendido entre a data do fato e o recebimento da denúncia receba a incidência da PPP em abstrato, no entanto tendo como base de cálculo o máximo de pena cominado ao tipo penal de lesões corporais leves.

b) Permitir que a situação de flagrante ofensa ao princípio da individualização da pena perpetue-se, fazendo com que, dessa forma, haja um prazo prescricional (incidente no período compreendido entre a data do crime e o recebimento da denúncia) calculado com base em um tipo penal que descreve uma conduta não praticada pelo réu.

Caso a hipotética decisão oriente-se no sentido dessa última alternativa, certamente estará impregnada com um vício de inconstitucionalidade por ofender o princípio da individualização da pena. Com efeito, não se mostra crível que uma sentença considere ter um sujeito cometido o crime A, mas, de outro lado, reconheça incidir, em um determinado período, o prazo prescricional calculado com base no crime B.

Se, no entanto, a decisão prolatada estiver em consonância com a argumentação exposta no item a, conerá fatalmente em seu bojo uma contradição gritante, apesar de estar em harmonia com a lei. Isso porque, em um primeiro passo, admitirá que o estabelecido na sentença penal quanto à capitulação do crime retroagirá (até a data do crime) para efeito de cálculo da prescrição em abstrato (em inteligência ao princípio da individualização da pena), contudo não fará com que a pena concretizada nessa decisão sirva de base de cálculo para o prazo prescricional que incidiria nesse mesmo período.

Em outras palavras, no caso em tela, ou ocorrerá a individualização da prescrição quanto ao tipo penal verificado por ocasião da sentença, mas não quanto à pena estabelecida (hipótese estampada na primeira alternativa); ou se estabelecerá que o prazo prescricional de determinado tipo penal A pode ser

calculado com base na pena estabelecida no tipo penal B. Tanto em um quanto no outro caso verifica-se a clara ofensa ao princípio da individualização da pena.

4.3.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL (ISONOMIA)

Quanto ao princípio da *isonomia*, tem-se que seu conteúdo pode ser resumido na máxima “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade” (MENDES et. al, 2010, p. 221). Com efeito, não se poderia pensar em concretização do ideal de justiça se apenas fosse levada em conta a ideia de igualdade formal, a qual, em grossa síntese, defende o estabelecimento de um padrão a todos aplicável, distanciando-se, dessa forma, da peculiaridade de cada situação concreta possível.

Referente a esse aspecto, o STF já teve oportunidade de consagrar que “o direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais” (ADI 3.305, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 13-9-06, Plenário, DJ de 24-11-06).

No que pertine à limitação de incidência da prescrição retroativa e à sua relação com o princípio da isonomia, verifica-se que a configuração proposta pela nova lei preconiza uma ofensa ao princípio da igualdade material em razão de fornecer tratamento igualitário a situações profundamente diversas, cujo tratamento legal mereceria o estabelecimento de um critério proporcional de discriminação.

A materialização dessa ofensa ao princípio da isonomia pode ser observada no fato de que independentemente do desvalor da ação do agente perpetrador do delito ou do seu grau de culpabilidade, no período balizado pela data do fato e pelo recebimento da denúncia, o prazo prescricional é igual para todos que tiverem suas ações/omissões enquadradas em um mesmo tipo penal.

A elucidar esse entendimento, reveste-se de fundamental importância analisar a seguinte situação hipotética, trazida à lume graças ao magistério de Bottini (2010):

Imagine-se que duas pessoas praticaram o delito de furto (art. 155, CP). No entanto, ao mesmo tempo em que a primeira delas é primária, agiu contra vítima adulta, em situação de normalidade institucional, tendo reparado o dano após o início do processo e confessado espontaneamente a prática do crime; a segunda, de

outro lado, é reincidente, agiu contra criança, durante período de calamidade pública, não reparou o dano tampouco confessou a prática do delito.

Evidencia-se *ictu oculi* que há diferenças cabais nos graus de culpabilidade e de reprovabilidade das condutas acima descritas, ainda que os dois indivíduos tenham incidido no mesmo tipo penal. Por certo, também, que a pena concreta estabelecida para um e outro será distinta, fazendo conseqüentemente com que seus prazos prescricionais sejam igualmente distintos.

No caso de ocorrência do fenômeno do trânsito em julgado para a acusação nas duas decisões condenatórias prolatadas, ter-se-á a seguinte situação, oportunizada tão-somente pela Lei n. 12.234/2010:

a) O prazo prescricional aplicado entre o recebimento da denúncia e a decisão condenatória será diferente para os dois réus: menor para o primeiro (que obteve uma pena *in concreto* em um patamar mais baixo em relação ao segundo) e maior, conseqüentemente, para o segundo.

b) No entanto, no período balizado pelas datas da prática do ato delituoso e do recebimento da denúncia, o prazo prescricional será idêntico para ambos. Ou seja, embora suas situações materiais sejam absurdamente desiguais, o tratamento legal para os dois, em matéria prescricional, será o mesmo se os delitos forem praticados sob a vigência da nova lei.

Aqui vale a lição de Alberto Silva Franco (*apud* BOTTINI, 2010, p. 06-07): “ocorre desrespeito ao princípio da igualdade quando situações fáticas iguais são arbitrariamente cuidadas pelo legislador, como desiguais ou situações fáticas desiguais recebem, de modo arbitrário, tratamento igual”.

Evidencia-se, pelo exposto, que a consequência da aplicação dessa nova norma jurídica limitadora da prescrição retroativa fará com que o princípio da igualdade material deixe de ser promovido, violando, dessa forma, a nossa Constituição, especialmente a norma irradiada do seu art. 5º, *caput*²⁹.

²⁹ CRFB, Art. 5º Todos são iguais perante a lei, (...).

4.3.3 PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Conforme foi referido anteriormente, esse princípio foi alçado à condição de direito constitucional fundamental em nosso ordenamento jurídico somente no ano de 2004, por intermédio da Emenda Constitucional nº 45. Apesar disso, a importância de seu conteúdo já havia sido difundida, em 1950, pela Convenção Europeia de Direitos Humanos³⁰ e, em 1969, pela Convenção Americana de Direitos Humanos³¹.

Importa para nosso estudo, no entanto, analisar justamente o alcance da norma estampada no art. 5º, LXXVIII de nossa Carta Maior, a qual dispõe que “a todos, **no âmbito judicial e administrativo**, são assegurados a **razoável duração do processo** e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (grifos nossos)

Sabemos que a Lei nº 12.234/2010 justamente veio a extirpar a incidência da prescrição retroativa no período compreendido entre a data do fato e o recebimento da denúncia. É nesse preciso momento que ocorre um importante procedimento administrativo denominado inquérito policial.

Para uma posterior análise da constitucionalidade desse novo diploma legal frente ao princípio da razoável duração do processo, faz-se necessário tecer alguns comentários acerca do inquérito policial. Assim procedendo, ter-se-á melhores condições de analisar a razoabilidade de qualquer medida que vise a modificar dispositivos que afetem o tempo máximo de duração do referido procedimento.

Na visão de Paulo Rangel, o inquérito policial vem desta maneira conceituado:

Inquérito policial, assim, é um conjunto de atos praticados pela função executiva do Estado com o escopo de apurar a autoria e materialidade (nos crimes que deixam vestígios – *delicta facti permanentis*) de uma infração penal, dando ao Ministério Público

³⁰ art. 6º, n. 1, Toda pessoa tem direito a um **juízo dentro de um tempo razoável**, perante um tribunal independente e imparcial constituído por lei, para fins de determinar seus direitos e deveres de carácter civil ou sobre o fundamento de qualquer acusação penal que lhe seja imputada.” (grifo nosso)

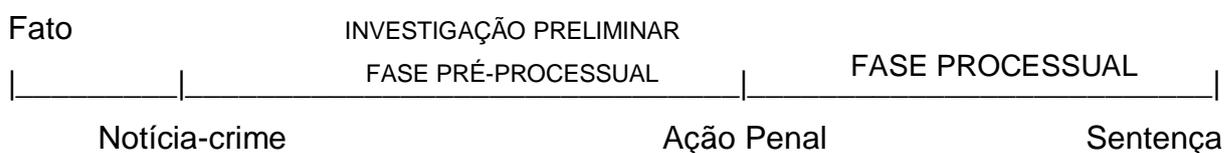
³¹ art. 7º, n. 5, Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o **direito de ser julgada em prazo razoável** ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo.” (grifo nosso)

elementos necessários que viabilizem o exercício da ação penal. (2008, p. 70)

Esse procedimento inicia-se por meio de um ato administrativo – denominado *portaria* – do delegado de polícia e origina-se da *notitia criminis* ou mesmo da atividade de ofício dos órgãos encarregados da segurança pública (LOPES Jr., 2011).

Quanto a sua natureza jurídica, é considerado um “procedimento administrativo pré-processual” (LOPES Jr., 2011, p. 248), que tem por objeto “o fato constante na *notitia criminis*, isto é, o *fumus commissi delicti* que dá origem à investigação e sobre o qual recai a totalidade dos atos desenvolvidos nessa fase” (LOPES Jr., 2011, p. 248).

Segue abaixo figura importada da obra de Aury Lopes Jr. (2011) que serve para melhor visualização em relação ao momento em que ocorre o inquérito policial:



O prazo de sua duração varia de acordo com a natureza do crime investigado. No entanto, nosso CPP³² estabelece que, como regra geral, o seu término deve ocorrer em até 10 dias (caso o indiciado esteja preso) ou em até 30 dias (caso o indiciado não esteja preso).

Em relação, no entanto, à limitação de prazo para conclusão do Inquérito Policial (doravante IP), adverte Aury Lopes Jr. (2011, p. 261) que “a regra geral é o descumprimento sistemático dos prazos. Na prática, estando o sujeito passivo em liberdade, os prazos para a conclusão do IP não são obedecidos e não raras vezes chegam ao MP já prescritos pela pena *in abstracto*.”

³² CPP, art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

O mesmo autor lança mão de um depoimento forte acerca da atual situação desse importante procedimento pré-processual:

Atualmente existe um consenso: o inquérito policial está em crise. Os juízes apontam para a demora e a pouca confiabilidade do material produzido pela polícia, que não serve como elemento de prova na fase processual. Os promotores reclamam da falta de coordenação entre investigação e as necessidades de quem, em juízo, vai acusar. O inquérito demora excessivamente e, nos casos mais complexos, é incompleto, necessitando de novas diligências, com evidente prejuízo à celeridade e à eficácia da persecução. (LOPES Jr., 2011, p. 216)

Além disso, na opinião do supracitado doutrinador, a fase do inquérito policial é comandada por um órgão que, em geral, tende a ser menos respeitoso com os direitos fundamentais. No meio policial, ainda domina o entendimento de que é a Constituição (1988) que deve ser interpretada à luz do CPP (de 1941), e não o contrário. A presunção de inocência, por exemplo, é vista como uma “fantasia retórica”, uma “demagógica criação política”. (LOPES Jr., 2011, p. 322)

No que tange aos malefícios gerados pelo inquérito policial ao indivíduo que fica a ele submetido, revela-se deveras crucial trazer à baila o magistério de Aury Lopes Jr. sobre o tema:

Com o inquérito policial, o sujeito passivo está submetido a toda uma série de atos e *degradation ceremonies* que integram e são inerentes à própria investigação preliminar. Formalizado o indiciamento, estará o sujeito passivo submetido ou com maiores possibilidades de ver-se compelido a comparecer sempre que chamado; medidas cautelares (prisão temporária ou preventiva) e liberdade condicional; medidas assecuratórias de bens, como o sequestro (art. 125); interrogatórios; acareações; reconhecimentos; atos de averiguação de sua identidade e capacidade etc. Em suma, a principal carga que assume o indiciado é a de encontrar-se em uma situação jurídica de maior submissão aos atos de investigação que integram o inquérito policial. (2011, p. 311)

Resta claro, portanto, que qualquer medida tendente a dilatar o prazo desse procedimento investigatório deve ser analisada com muito cuidado, eis que sua duração deve estar sobremaneira balizada pelo critério da razoabilidade. Com efeito, caso a sua duração supere o limite da duração razoável, estará o Estado apossando-se ilegalmente do tempo do particular, causando-lhe imensuráveis prejuízos (LOPES Jr., 2011).

Seguindo essa linha, no entanto, a Lei nº 12.234/2010, dentre outras alterações empreendidas, fez com que a prescrição retroativa não mais incidisse entre a data do fato e o recebimento da denúncia. Ou seja, a pena em concreto estabelecida pela decisão condenatória transitada em julgado para a acusação não mais poderá servir de base para o cálculo da prescrição no referido período.

Por conta disso, o legislador, conseqüentemente, estabeleceu que o único prazo prescricional que irá incidir entre os marcos temporais acima descritos (data do fato e recebimento da denúncia) terá como base a pena em abstrato. Dessa situação, depreende-se que o prazo máximo de duração de uma investigação preliminar não mais será limitado pela prescrição calculada sobre a pena *in concreto*, e sim sobre uma pena genérica, que – na esmagadora maioria dos casos – é estabelecida em um patamar bem acima da primeira.

Sobre a possível nefasta consequência dessa medida tomada pelo legislador, encontramos valiosa contribuição de Bitencourt:

Com efeito, excluir o tempo anterior ao recebimento da denúncia significa dar *carta branca* às autoridades repressoras – desrespeitando a garantia da duração razoável do processo – para “engavetarem” os procedimentos investigatórios, perenizá-los, usá-los quando bem entenderem, como “moeda de troca”, instrumentos de corrupção, de chantagem, pairando, ilegitimamente, como espada de Dâmocles, que a qualquer tempo pode recair sobre a cabeça do investigado/processado. (2012, p. 887)

Ao seu turno, Eduardo Reale Ferrari e Heidi Rosa Florêncio fazem uma correspondência entre o novo diploma legal objeto de nosso estudo e a ofensa ao princípio da razoável duração do processo:

Ora, era justamente a ocorrência da prescrição retroativa, extinta com a nova lei, que fixava a observância do mencionado princípio na fase de investigação policial. Com a ausência deste prazo regulador, será comum a partir de agora a existência de inquéritos policiais que perdurem dez ou até quinze anos de investigação, sendo um contrassenso à própria natureza jurídica das sanções. (2010, p. 04 e 05)

Verifica-se, portanto, que o legislador – ao deparar-se com a situação atual dos inquéritos policiais – em vez de tentar agilizar a atuação da emperrada máquina do Estado, preferiu, por intermédio desse novo diploma legal, compactuar com sua

morosidade. Para Herschander, “a situação é comparável à de um obeso que, para evitar a dolorosa dieta, escolhe roupas mais largas, proporcionando a si mesmo a ilusão do emagrecimento” (HERSCHANDER, 2010).

Ante o exposto, mostra-se assente a ofensa ao princípio da *duração razoável do processo* pela Lei nº 12.234/2010. Ainda que se procure salvar o referido texto legal, tentando dar-lhe uma interpretação conforme a nossa Carta Mãe, a melhor doutrina indica que a medida mais escorreita seria a de declará-la destituída de qualquer base constitucional (BITENCOURT, 2012).

4.4. PROPOSTA DE REVISÃO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA

Como foi visto no capítulo passado, tem-se como inegável o prejuízo que recai sobre qualquer indiciado a partir do momento da instauração do inquérito policial. Nesse sentido, verifica-se que a influência do poder repressor estatal pode ser sentida já nessa fase investigatória.

Antes dessa fase, no entanto, pode-se argumentar que a necessidade de uma prescrição calculada com base na pena concreta não possui justificativa plausível, eis que a esfera individual do autor do crime, em regra, ainda não teria sido atingida pelos mecanismos estatais de persecução penal. Assim, a prescrição pela pena em abstrato pode parecer ser, na visão de alguns juristas, especialmente nesse primeiro momento (antes da instauração do inquérito policial), proporcional à conduta praticada.

Resta assente, no entanto, que, com o início da investigação preliminar, deflagra-se também a influência negativa que o Estado exerce sobre a vida do particular indiciado pela prática de determinado delito. Nesse caso, portanto, configura-se desproporcional a incidência de um prazo prescricional calculado sobre uma pena hipotética (absurdamente mais alta do que a pena *in concreto*, ao menos, na amplíssima maioria dos casos).

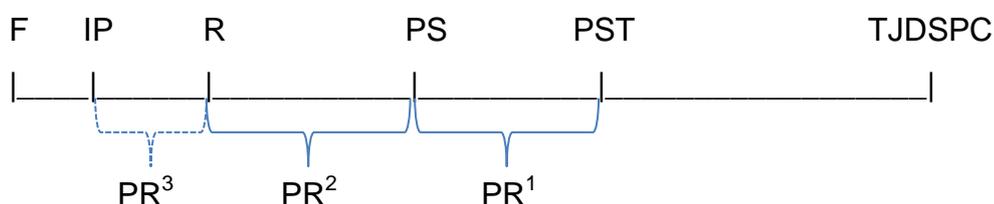
Diante dessa análise, reportando-se ao teor do art. 110, § 1º (com a sua nova redação dada pela Lei n. 12.234/10), procurou-se – na tentativa de se realizar uma modificação que atendesse, de um lado, aos anseios subjacentes à limitação da

incidência da prescrição retroativa (fim da impunidade, endurecimento penal) e, de outro, (ao menos) ao princípio da razoável duração do processo – elaborar um texto legal em substituição ao atual.

A proposta, nessa senda, seria de dilatar a possibilidade de incidência da prescrição retroativa, fazendo, assim, com que ela possa ser utilizada como direito fundamental desde o momento em que o Estado atinge a esfera individual do acusado. Verificar-se-ia, assim, sua presença também no período compreendido entre a data de recebimento da denúncia e a data de instauração do inquérito policial.

Para cumprir esse desiderato, bastaria a modificação da última parte do aludido § 1º do art. 110. Nesse caso, modificar-se-ia o trecho a seguir grifado “não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à **da denúncia ou queixa**” por este “**da instauração do inquérito policial**”.

Estabelecer-se-ia, dessa forma, a instauração do inquérito como a última baliza para a verificação de incidência da prescrição retroativa. Por conseguinte, seria obtida a seguinte configuração para os marcos temporais de incidência da PPP retroativa:



F = data do fato delituoso

IP = data da instauração do inquérito policial

R = data do recebimento da denúncia ou queixa

PS = data da publicação de decisão condenatória posteriormente vergastada por recurso, tanto por parte da acusação quanto por parte da defesa

PST = data da publicação de decisão condenatória transitada em julgado para a acusação ou, ainda, no caso de ter sido improvido o seu recurso

TJDSPC = trânsito em julgado definitivo da sentença penal condenatória

PR^{2, 3} = períodos durante os quais incide a prescrição da pretensão punitiva retroativa

PR¹ = período durante o qual incidiria a prescrição da pretensão punitiva retroativa

De outro giro, no intuito de se estabelecer uma segunda alternativa para realizar uma adequação do dispositivo legal aos princípios constitucionalmente assegurados, poder-se-ia importar a racionalidade empregada na decisão proferida pelo extinto Tribunal de Alçada/RS, cuja ementa segue:

LESÃO CORPORAL E EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES. - NÃO PODE, O PROMOTOR, POR DESÍDIA OU VOLUNTÁRIA OMISSÃO, DESLOCAR MARCO INICIAL DE PRESCRIÇÃO. VERIFICADO EXCESSO NO PRAZO PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA, O MARCO INICIAL DA PRESCRIÇÃO VOLVE À DATA EM QUE ESTARIAM VENCIDOS OS PRAZOS PARA FORMALIZAÇÃO E RECEBIMENTO DA ACUSAÇÃO. - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ANTE AS PENAS CONCRETIZADAS - VOTO VENCIDO. - RECURSO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 12386, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Mário Rocha Lopes, Julgado em 24/02/1981)

No caso em apreço, o promotor ofereceu a denúncia somente 45 dias depois do prazo legal, em desacordo, portanto, ao que disciplina o art. 46 do CPP³³. Em razão disso, o relator avaliou que, se houvesse sido oferecida no prazo correto, e o juiz recebido no prazo legal, ocorreria a prescrição no período compreendido entre a data do recebimento da peça acusatória e a data da sentença.

Diante desse entendimento, o magistrado de primeiro grau deslocou o marco inicial para o momento correto (em que deveria ter sido oferecida e recebida a acusação), e reconheceu a incidência da prescrição. O tribunal, constatando que o descumprimento de um prazo isolado impediria que se operasse a prescrição (com inequívoco prejuízo para o réu), reavaliou o tempo do processo como um todo, para, de certa forma, reconhecer que o excesso de prazo no oferecimento/recebimento da acusação constitui uma dilação indevida. (LOPES Jr., 2011).

Percebe-se, portanto, que esse entendimento poderia ser estendido à situação atual da relação entre a prescrição retroativa e as constantes dilações

³³ CPP, art. 46. O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado.

indevidas dos inquéritos policiais. Nessa linha, constatando que o inquérito policial perdurou por um tempo além do que a lei permite, reavaliar-se-ia os momentos do oferecimento/recebimento da denúncia, estabelecendo-os no prazo em que deveriam ter ocorrido.

Seguindo esse caminho lógico, poderia ser mantido o disposto pela Lei n. 12.234/2010, no entanto, ainda assim, estariam sendo contemplados os direitos e garantias estampados em nossa CRFB/1988. Isso porque o prazo indevidamente protelado no curso do inquérito policial seria transportado para depois do recebimento da denúncia e, dessa forma, estaria abarcado pelo limitador temporal da prescrição retroativa.

5. CONCLUSÃO

A punibilidade apresenta-se como um fenômeno jurídico que tem por conteúdo o direito de punir do Estado frente à subsunção de um fato a determinado tipo penal previamente existente. Em relação ao autor desse fato, o Estado deverá exercer esse seu direito de punir em determinada quantidade de tempo, sob pena de se operar a extinção da referida punibilidade.

Tendo em conta que esse direito de punir deve ser levado a cabo obrigatoriamente sob a influência da garantia constitucional do devido processo legal, ele será exercido em dois principais momentos. Em uma primeira fase, o Estado deverá impor uma pena ao autor do delito (pretensão punitiva) para, em uma segunda fase, poder executá-la (pretensão executória).

Cuida a prescrição exatamente desse período máximo de tempo que o Estado tem para poder punir quem vier a perpetrar um ilícito penal. Excedendo esse tempo-limite calculado pela lei, estará extinta a punibilidade ou em relação à pretensão punitiva ou no que tange à pretensão executória, a depender do momento processual em que for verificado o excesso de prazo.

Diferentemente da prescrição da pretensão executória, que só possui uma forma de incidência, a extinção da pretensão punitiva poderá se manifestar diante da ocorrência de três espécies de prescrição (em abstrato, intercorrente e retroativa), cada uma com seu regramento próprio.

Especificamente, no que pertine à prescrição da pretensão punitiva retroativa, entende-se, em primeiro lugar, que o seu prazo é calculado com base na pena fixada em decisão condenatória em relação à qual houve o trânsito em julgado para a acusação ou improvimento de seu recurso. Após a verificação do referido prazo prescricional, projeta-se a sua incidência de forma retroativa, tendo como ponto de partida a publicação da decisão acima caracterizada.

Essa retroatividade de incidência (do prazo prescricional calculado) ocorreria nos períodos cercados pelos momentos interruptivos da prescrição (dispostos no art. 117, CP). No entanto, a partir da publicação da Lei n. 12.234/2010, essa retroação foi limitada até o prazo interruptivo do recebimento da peça acusatória (art. 117, I, CP), não alcançando mais, portanto, o período compreendido entre este último e o da data do crime.

A partir dessa modificação legislativa, emergiram posicionamentos que vieram a combater a empreendida limitação de incidência da prescrição retroativa. Procurou-se, nessa linha, realizar o cotejo dessa aludida limitação com princípios constitucionalmente assegurados, tais como: o da individualização da pena, o da isonomia e o da razoável duração do processo.

Em uma primeira análise, entende-se que afastar a incidência da prescrição pela pena em concreto do momento compreendido entre a data do crime e o recebimento da denúncia configuraria uma violação ao princípio da individualização da pena. Soma-se a esse entendimento o fato de que há uma relação lógica de proporcionalidade conectando a pena à prescrição, de tal forma que desse princípio também se irradia a necessidade de respeito à individualização do prazo prescricional.

No que diz respeito ao segundo princípio violado, pode-se vislumbrar a sua manifestação ao imaginarmos que um mesmo prazo prescricional irá incidir sobre dois indivíduos, ainda que as suas ações criminosas tenham gerado ofensividades gritantemente distintas, apenas em razão de essas ações estarem enquadradas em um mesmo tipo penal. Flagrantemente percebe-se que o princípio da igualdade material resta afastado nesse tipo de situação, porquanto situações desiguais são tratadas de forma idêntica pelo legislador.

Quanto à violação ao princípio da razoável duração do processo pela Lei n. 12.234/2010, sustenta-se que, no período em que não mais se verificará a incidência da prescrição retroativa, presencia-se o nascedouro do inquérito policial, procedimento que não raro dilata-se para além dos prazos fixados em lei. Nessa esteira, entende-se estar alheio à razoabilidade não permitir que a prescrição calculada sobre a pena em concreto possa incidir sobre o período em que essa fase de investigação realiza-se.

6. REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ANDRADE, Cristiano José de. **Da prescrição em matéria penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal, parte geral: vol. 1**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BORGES, Danilo Marques. **Breves apontamentos sobre a lei 12.234/2010 e a prescrição retroativa**. Disponível em <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=201006151033547&mode=print>. Acesso em 22/05/2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Novas regras sobre prescrição retroativa: comentários breves à Lei 12.234/10**. Boletim IBCCrim, São Paulo, ano 18, n. 211, p. 06-07, 2010.

CARVALHO FILHO, Aloysio de. **Comentários ao Código Penal, vol. IV, Arts. 102 a 120**, 4 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958.

DELMANTO, Celso... [et al], **Código Penal Comentado**, 6 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FERRARI, Eduardo Reale; FLORÊNCIO, Heidi Rosa. **A extinção da prescrição retroativa e a ilusão penal**. Boletim IBCCrim, São Paulo, ano 18, n. 212, p. 04-05, 2010.

GOMES, Luiz Flavio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Prescrição retroativa e virtual: não desapareceram completamente**. Disponível em <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100510122722926&mode=print>. Acesso em 01.05.2013.

HERSCHANDER, Hermann. **Lei 12.234, de 5 de maio de 2010: ofensa à individualização do prazo prescricional**. Boletim IBCCrim, São Paulo, ano 18, n. 212, p. 06-07, 2010.

JESUS, Damásio de. **Prescrição penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Extinção da Prescrição Retroativa**, in: Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, v. 37, p. 10-17, 2010.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Volume 1. 7. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição penal: prescrição funcionalista**. São Paulo: RT, 2000.

MAIA, André Machado. Considerações sobre a prescrição da pretensão executória e a hipótese de prescribibilidade da sanção disciplinar aplicada em sede de execução penal. In: FAYET JÚNIOR, Ney (Coord.), Karina Brack ... [et al.]. **Prescrição Penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência**, vol. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009 Tema VII, p. 129-161.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 24. ed. atual. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual De Direito Penal – Parte Geral/Parte Especial**. 7. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

PORTO, Antônio Rodrigues. **Da prescrição penal**. 5. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RIBEIRO, Marcelo Roberto. Revisitando alguns temas da prescrição. In: FAYET JÚNIOR, Ney (Coord.), Karina Brack ... [et al.]. **Prescrição Penal: temas atuais e**

controvertidos: doutrina e jurisprudência, vol. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009 Tema IV, p. 75-90.

SOUZA, Gilson Sidney Amâncio de. **A Lei 12.234/2010 e a nova regulação da prescrição penal**. Boletim IBCCrim, São Paulo, ano 18, n. 213, 2010, p. 11-12.

VERA BARROS, Oscar N.. **La prescripción penal en el código penal**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1960.