

A PRESCRIÇÃO RETROATIVA E A LEI 12.234 DE 2010¹

LAURA VOGT FERREIRA²

RESUMO: O presente trabalho tem como tema central a prescrição da pretensão punitiva retroativa. Esse instituto consiste, basicamente, na possibilidade de aplicar o prazo prescricional de acordo com a pena concretizada em sentença condenatória (com trânsito em julgado para acusação ou com recurso improvido) no período imediatamente anterior à sentença. Com o advento da Lei n. 12.234 de 2010 essa modalidade do instituto da prescrição sofreu grandes alterações relativas à sua aplicabilidade. Diante desse contexto, revela-se pertinente um estudo acerca dessas modificações ocorridas, levando-se em conta os critérios para ocorrer a extinção da punibilidade, a origem e os fundamentos jurídicos do instituto de modo geral, restando necessário abordar os princípios constitucionais que regem a prescrição da pretensão punitiva retroativa.

Palavras-chave: Direito Penal. Extinção da punibilidade. Prescrição retroativa. Lei n. 12.234-2010. Princípios constitucionais.

1 INTRODUÇÃO

Nasce para o Estado o poder-dever de punir, quando uma norma penal é infringida a partir da prática de conduta por ela proibida. O instituto da prescrição penal é uma das causas de extinção da punibilidade, que ocorre quando o Estado renúncia ao seu *jus puniende* devido ao decurso do tempo e pode ser dividido em duas espécies: prescrição da pretensão punitiva, que atinge o *jus puniende* estatal antes da sentença condenatória transitar em julgado; e a prescrição da pretensão executória, que atinge o poder-dever de executar a sanção penal cominada em sentença condenatória.

A prescrição desde sua origem foi matéria controversa na doutrina e jurisprudência, sendo palco de grandes debates, devido à subjetividade dos direitos que ela busca proteger. E, apesar de ser um dos institutos mais antigos do direito penal sempre produz frutos para novas

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Aprovação com grau máximo pela banca examinadora composta pelo orientador, Prof. Vitor Antônio Guazzelli Peruchin, pelo Prof. Felipe Cardoso Moreira de Oliveira, e pelo Prof. Rafael Braude Canterji, em 28 de novembro de 2013.

² Acadêmica da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. Contato: lauravf26@hotmail.com

discussões, como as consequências e efeitos ocasionados pelo recente advento da Lei n. 12.234 de 2010, que alterou consideravelmente a sua aplicabilidade, no tocante à prescrição da pretensão punitiva.

Veremos que dentre as modalidades de prescrição da pretensão punitiva, existe uma modalidade especial que sofreu grandes alterações que é a prescrição retroativa que, em síntese, trata-se da prescrição baseada na pena *in concreto*, que atinge a pretensão punitiva no período imediatamente anterior à sentença condenatória.

Para tanto, abordaremos no primeiro capítulo a questão da extinção da punibilidade, para então poder compreender o instituto da prescrição penal de um modo geral, através de seus aspectos mais relevantes, analisando por primeiro seu histórico, depois conceituando o instituto, para então abordar seus fundamentos jurídicos e sua natureza jurídica.

No segundo capítulo será estudada a questão das diferentes espécies da prescrição penal e suas modalidades, dando ênfase à modalidade retroativa da prescrição da pretensão punitiva, analisando seu histórico e seus aspectos mais relevantes.

No último capítulo de desenvolvimento do trabalho, perceberemos a problemática que surgiu com o advento da Lei 12.234 de 2010, compreendendo as modificações que ela causou especificamente em relação à prescrição retroativa, através da análise de como se deu sua tramitação até entrar em vigência, com o intuito de observar seus objetivos e, após seus efeitos e consequências, traçando um paralelo com os princípios constitucionais.

2 DOS ASPECTOS GERAIS DA PRESCRIÇÃO

2.1. A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

A extinção da punibilidade é a perda da possibilidade jurídica que o Estado possui de impor uma sanção ao autor de um delito. Esse delito, assim como sua respectiva sanção, encontra-se descrito em uma norma penal incriminadora que tem como função primordial a proteção subsidiária daqueles bens que se revelam essenciais para a sociedade³. Essa norma distingue-se entre seu preceito principal (*preceptum juris*), que contém a descrição da conduta delituosa; e seu preceito secundário (*sanctio juris*), que impõe a pena ao indivíduo que praticou a ação estabelecida.⁴

³ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da Prescrição Penal**: de acordo com as Leis n.ºs 9.268/96 e 9.271/96: doutrina, prática, jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 17.

⁴ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 163.

O professor Damásio de Jesus preleciona que a norma penal incriminadora gera para o Estado, seu único titular, o direito de punir abstrato, criando para os cidadãos a obrigação de não realizar a infração penal contida na norma. Quando cometida a infração penal, esse direito de punir torna-se concreto, ou seja, o direito de exigir a abstenção da prática criminosa torna-se o verdadeiro poder-dever de punir do Estado (*jus puniende* concreto).⁵

Nesse sentido, pontua Andrei Z. Schmidt que toda a conduta humana típica passa por etapas até que seja imposta a sanção penal como consequência, sendo que só será penalizado pelo Estado o autor de uma conduta típica, ilícita e culpável. O autor ressalta que esses requisitos são elementos do crime, ao contrário da punibilidade, que é a consequência.⁶

No que tange à afirmação de que a punibilidade não integra o conceito de crime, Adriano Ricardo Claro esclarece o seguinte:

Sistematicamente, a punibilidade é consequência jurídica do delito. Não há, portanto, se confundir a punibilidade como sendo qualquer um dos elementos ou requisitos do crime, tais como o fato típico, a ilicitude ou a culpabilidade.

É isolado o entendimento no sentido de que a punibilidade seria um dos elementos integrantes do conceito analítico de crime. Este posicionamento é defendido, entre outros, por Basileu Garcia e Francisco Muñoz Conde, que adotam o conceito quadripartido de crime, estabelecendo-o como o fato típico, antijurídico, culpável e punível. Neste caso, a ausência da punibilidade levaria a inexistência do crime.

[...] O afastamento da punibilidade, por qualquer razão – seja pela presença de causa de sua extinção, seja pela falta de uma condição objetiva de punibilidade, seja pela presença de uma causa negativa de punibilidade – não exclui o conceito de crime já perfeito e acabado.⁷

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, José Frederico Marques elucida que o Código Penal Brasileiro, nos artigos 107 a 120, deixa claro que não há a extinção do crime e sim da punibilidade, visto que pode haver a prática de um delito e, posteriormente, seu reconhecimento por sentença, sem que permaneça a possibilidade de puni-lo.⁸

Logo, com o surgimento do *jus puniende*, através da prática de ação ou omissão típica, ilícita e culpável, podem ocorrer as chamadas causas de extinção da punibilidade, que acarretam a renúncia, pelo Estado, da possibilidade jurídica de impor ou executar a sanção penal.⁹

⁵ JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

⁶ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da Prescrição Penal**: de acordo com as Leis n°s 9.268/96 e 9.271/96: doutrina, prática, jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 17.

⁷ CLARO, Adriano Ricardo. **Prescrição Penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 11-12.

⁸ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. 1. ed. Campinas: Millennium, 1999. v. 3. p. 483.

⁹ PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**: jurisprudência; conexões lógicas com vários ramos do direito. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 382.

As causas de extinção da punibilidade estão elencadas - de modo exemplificativo - no artigo 107 do Código Penal Brasileiro¹⁰. Nesse sentido, o doutor em direito penal, Luiz Regis Prado, faz as seguintes considerações:

O elenco de causas de extinção da punibilidade constante do art. 107 do CP não é taxativo. Causas extintivas da punibilidade encontram-se previstas em diversos outros dispositivos, tais como o ressarcimento do dano anterior à sentença irrecorrível no peculato culposo (art. 312, §3.º, CP), a *restitutio in integrum* na subtração de incapazes (art. 249, §2.º, CP – perdão judicial), o pagamento do tributo ou contribuição nos delitos definidos na Lei 8.137/1990 (art. 34, Lei 9.249/1995), o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, nos delitos dos art. 1.º e 2.º da Lei 8.137/1990, 168-A do Código Penal (art. 9.º, §2.º, Lei 10.682/2003) e a devida reparação do dano ambiental comprovada pelo laudo de constatação (art. 28, I, Lei 9.605/1998).¹¹

Assim sendo, é possível dividi-las em gerais ou comuns, o que, ressalta-se, é o caso da prescrição, uma vez que essa pode ocorrer na maioria dos delitos, e em especiais ou particulares, nos casos em que só ocorrem em determinados crimes, como, por exemplo, quando o agente se retrata nos crimes contra a honra.¹²

Desse modo, percebe-se que a extinção da punibilidade pode decorrer de inúmeras causas, sendo o instituto da prescrição, uma delas.

Ademais, torna-se imprescindível mencionar que, com o surgimento da punibilidade, através da prática de um crime, nasce também a pretensão punitiva, e que, segundo Carnelutti, trata-se da “exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio”.¹³

José Frederico Marques ensina que, subjetivamente, a punibilidade se confunde com a pretensão punitiva, já que esta consiste na exigência de punição, enquanto aquela se cinge na possibilidade de ser aplicado o preceito sancionador.¹⁴ À vista disso, enquanto existir a

¹⁰ Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

I - pela morte do agente;

II - pela anistia, graça ou indulto;

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

IV - pela prescrição, decadência ou preempção;

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

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

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

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

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

¹¹ PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**: jurisprudência; conexões lógicas com vários ramos do direito. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 382-383.

¹² MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: parte geral, art. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2008. v. 1, p. 400.

¹³ CARNELUTTI. **Instituzioni del Nuevo Processo Civile Italiano**, vol. I, 1951, p. 7 apud MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. 1. ed. Campinas: Millennium, 1999. v. 3, p. 393.

¹⁴ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. 1. ed. Campinas: Millennium, 1999. v. 3, p. 393.

punibilidade, haverá a pretensão punitiva, que deve ser “deduzida em Juízo mediante processo regular”, uma vez que a punibilidade, o poder-dever de punir não admite coação direta.¹⁵

Dessa forma, no momento em que a sentença condenatória transita em julgado, a pretensão punitiva torna-se pretensão executória, ou seja, torna-se o poder-dever de impor a sanção já cominada na sentença.

Cumprе mencionar ainda a existência das chamadas causas objetivas de punibilidade, que, ao contrário das causas que extinguem a punibilidade do autor, são extrínsecas ao delito, não estando condicionadas ao ato praticado. Desse modo, sem essas condições objetivas o Estado não possui a possibilidade de exercer o *jus puniende*. Isso ocorre, por exemplo, quando um delito cometido no estrangeiro é fato punível em território brasileiro, contudo, atípico no país em que fora praticado, bem como quando o crime não é pacífico de extradição de acordo com as leis brasileiras (artigo 7º, § 2º, alíneas “b” e “c”)^{16 17}.

Após essas breves considerações acerca da extinção da punibilidade torna-se possível a análise do instituto da prescrição penal de maneira geral.

2.2. O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

2.2.1. Histórico

A origem do termo prescrição deriva do latim *praescripto*, que significa um escrito posto antes.¹⁸

Antônio Luís da Câmara Leal preconiza que o surgimento da palavra ocorreu devido ao formulário, o regime processual do Direito Romano, pelo qual os pretores, quando investidos com a capacidade de criar novas ações, criavam as chamadas ações temporárias. Se essas ações não fossem propostas no prazo correto, o juiz deveria ser alertado, através de uma preliminar, que o réu tinha de ser absolvido. A fórmula, meio pelo qual o pretor direcionava o

¹⁵ JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 20.

¹⁶ Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 1984) (...)

§ 2º - Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984) (...)

b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

¹⁷ JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 22.

¹⁸ ANDRADE, Christiano José de. **Da Prescrição em Matéria Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 01.

juízo, era dividida em quatro etapas e essa preliminar deveria ocorrer antes da *demonstratio*:

[...] *demonstratio* (enunciação dos fatos não contestados); *intentio* (indicação da pretensão do autor e a contestação do réu); *condematio* (atribuição outorgada ao juiz nomeado para condenar ou absolver o acusado); *adjudicatio* (autorização conferida ao juiz para atribuir às partes a propriedade do objeto litigioso).¹⁹

Dessa maneira, surgiu o vocábulo que, em um primeiro momento tinha significado formal e, depois, passou a ter conteúdo material, sendo, até hoje, utilizado para conceituar a renúncia do Estado ao direito de punir face ao decurso do tempo.²⁰

A ideia de que o decurso do tempo deveria influenciar na possibilidade de punir um crime, por dificultar a análise de provas, já era conhecido no direito grego, conforme relatos de Lísias e Demóstenes. Sendo assim, é possível concluir que Roma fora o berço da primeira legislação acerca do tema (*Lex Julia Adulteris*), mas não fora o local aonde surgiu a noção da eficácia extintiva da passagem do tempo.²¹

A *Lex Julia Adulteris*, do ano 18 a.C., estabelecia que, passados cinco anos, quem cometesse adultério não poderia mais ser acusado. Esse prazo fora determinado devido às festas lustrais que aconteciam de cinco em cinco anos e baseavam-se na ideia do perdão e da purificação do homem pela passagem do tempo.²² Assim, a incidência da prescrição foi permitida somente em determinados crimes e, posteriormente, se estendeu à maioria dos delitos, com a exceção do parricídio, parto suposto, entre outros.²³

O instituto, ao longo dos séculos, foi ditado pela cultura e pelos costumes dos povos, sendo objeto de grandes controvérsias, já que a aceitação da liberação de um criminoso pela prescrição ocorria de acordo com esses fatores.²⁴

Antônio Rodrigues Porto ensina que o desenvolvimento da prescrição sucedeu de maneira lenta, “sendo admitido no direito germânico e de outros povos, mas, excluindo-se, sempre, os crimes gravíssimos (exemplos: lesa-majestade, parricídio, moeda falsa)”. O autor

¹⁹ LEAL, Antônio Luís Câmara. **Da prescrição e da decadência** – Teoria geral do Direito Civil, p. 3 apud TRIPPO, Maria Regina. **Imprescritibilidade Penal**. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. p. 29.

²⁰ TRIPPO, Maria Regina. **Imprescritibilidade Penal**. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 29.

²¹ FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal: suas causas suspensivas e interruptivas**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 1-2.

²² FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal: suas causas suspensivas e interruptivas**. São Paulo: Editora Saraiva, 199, p. 2.

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 868.

²⁴ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da Prescrição Penal: de acordo com as Leis nºs 9.268/96 e 9.271/96: doutrina, prática, jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 34.

explica que na idade média, os prazos prescricionais reduzidos causaram uma grande reação, que quase fez o instituto desaparecer.²⁵

Para tentar modificar esse quadro, após essa fase, os prazos prescricionais foram aumentados de modo indiscriminado e fixados por períodos de dez anos, independentemente da gravidade dos delitos, o que, por outro lado, ocasionou a fixação da imprescritibilidade a um maior número de delitos.²⁶

Consoante Antônio Lopes Baltazar, em quase toda a civilização surtiam os efeitos dessas mudanças:

Nessa época, repercutiram em quase toda civilização novas ideias dos práticos italianos acerca da prescrição. Afirmavam que, se o condenado tivesse bom comportamento e não praticasse novos delitos durante o prazo prescricional, seria beneficiado com a diminuição da pena, sendo que também o prazo prescricional iria diminuído com o passar dos anos. A *emendatio*, como ficou conhecida, visava a emenda do delinquente para justificar o instituto da prescrição.²⁷

No direito francês, em 1791, surgiu a prescrição da condenação, sob influência da Revolução Francesa. Posteriormente, outros países passaram a adotar essa espécie.²⁸

Atualmente, nos códigos penais, a prescrição da pretensão punitiva é aceita quase sem exceção; no entanto, a prescrição da pretensão executória ainda é rejeitada por alguns, como, por exemplo, na Inglaterra.²⁹

No Brasil, em 1832, a prescrição da pretensão punitiva ingressou na legislação, através do Código de Processo Criminal, sendo que o artigo 65 do mesmo código estabeleceu que a prescrição da pretensão executória não aconteceria em tempo algum.³⁰

Já, em 1890, tanto a prescrição da pretensão punitiva, quanto à prescrição da pretensão executória passaram a ser reguladas pelo Código Penal, através do Decreto n. 774, de 20 de outubro de 1890.³¹

²⁵ PORTO, Antônio Rodrigues. **Da Prescrição Penal**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 35-36.

²⁶ BALTAZAR Antônio Lopes. **Prescrição Penal**: prescrição da pretensão punitiva; retroativa; intercorrente; antecipada; da pretensão executória; da pena de multa; das penas restritivas de direito; direito comparado. 1. ed. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 21.

²⁷ BALTAZAR Antônio Lopes. **Prescrição Penal**: prescrição da pretensão punitiva; retroativa; intercorrente; antecipada; da pretensão executória; da pena de multa; das penas restritivas de direito; direito comparado. 1. ed. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 21-22.

²⁸ PORTO, Antônio Rodrigues. **Da Prescrição Penal**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 36.

²⁹ PORTO, Antônio Rodrigues. **Da Prescrição Penal**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 36

³⁰ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da Prescrição Penal**: de acordo com as Leis n°s 9.268/96 e 9.271/96: doutrina, prática, jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 35.

³¹ ANDRADE, Christiano José de. **Da Prescrição em Matéria Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 07.

Até então, nenhum crime era imprescritível. Após, com o decreto n. 4.780, de 27 de dezembro de 1923, abriu-se uma exceção aos crimes de moeda falsa e surgiu a modalidade de prescrição da pretensão punitiva abstrata.³²

O Código Penal de 1940, vigente até hoje, sofreu diversas modificações em relação ao instituto; contudo, sempre manteve as duas espécies de prescrição.

2.2.2. Conceito

Conforme José Frederico Marques a prescrição penal é:

[...] perda do direito de punir pelo não uso da pretensão punitiva durante certo espaço de tempo. É da inércia do Estado que surge a prescrição. Atingido ou ameaçado um bem jurídico penalmente tutelado, é a prescrição uma decorrência da falta de reação contra o ato lesivo ou perigoso do delinquente. Desaparece o direito de punir porque o Estado, através de seus órgãos não conseguiu, em um tempo oportuno, exercer sua pretensão punitiva.³³

Nesse sentido, as pretensões punitiva e executória não podem durar para sempre, devendo o Estado obedecer aos prazos estipulados para mover a ação penal e, depois, executar a pena, no caso de decisão condenatória.³⁴

Segundo Basileu Garcia, a prescrição é “a renúncia do Estado a punir a infração, em face do decurso do tempo”.³⁵

Nesse diapasão, Bento de Faria ensina que a prescrição “representa a renúncia do Estado ao efetivo poder de punir”.³⁶

Para entender melhor o motivo de o decurso do tempo influenciar no *jus puniende* do Estado é necessário compreender os fundamentos da prescrição, que serão abordados no próximo tópico, cabendo, antes, ressaltar a seguinte colocação de Cezar Roberto Bitencourt acerca da prescrição:

Com a ocorrência do fato delituoso nasce para o Estado o *ius puniende*. Esse direito, que se denomina pretensão punitiva, não pode eternizar-se como uma espada de Dâmoçles pairando sobre a cabeça do indivíduo. Por isso, o Estado estabelece critérios limitadores para o exercício do direito de punir, e, levando em consideração a gravidade da conduta delituosa e da sanção correspondente, fixa

³² SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da Prescrição Penal**: de acordo com as Leis n°s 9.268/96 e 9.271/96: doutrina, prática, jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 37-38.

³³ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. 1. ed. Campinas: Millennium, 1999. v. 3, p. 498.

³⁴ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da Prescrição Penal**: de acordo com as Leis n°s 9.268/96 e 9.271/96: doutrina, prática, jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 18-19.

³⁵ GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 4. ed. 35. Tir. São Paulo: Max Limonad, 1972. v. 1. t. 2. apud LOZANO JÚNIOR, José Júlio. Prescrição Penal. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 21.

³⁶ FARIA, Bento de. Código Penal brasileiro comentado. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1959. v. 3. apud LOZANO JÚNIOR, José Júlio. **Prescrição Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 21.

lapso temporal dentro do qual o Estado estará legitimado a aplicar a sanção penal adequada.³⁷

2.2.3. Fundamento jurídico

O instituto da prescrição penal encontra-se consagrado na maioria dos diplomas penais, contudo, alguns doutrinadores como Bentham, Beccaria e Henckel, entendem que a não aplicação da pena devido ao decurso do tempo, seria a consagração da impunidade e um incentivo a criminalidade.³⁸

Além disso, outros doutrinadores são contrários somente à prescrição da pretensão executória, ou por entenderem como sendo pura e simples impunidade, que é o caso de Adolphe Prins; ou por aceitar como único fundamento do instituto, a dificuldade da análise de provas pela passagem do tempo e, então, acolher somente a prescrição da pretensão punitiva, como preceitua Binding.³⁹

Com o passar dos séculos, várias teorias foram criadas para dar fundamento ao instituto da prescrição penal.

Damásio de Jesus leciona que a prescrição penal possui tríplice fundamento, em relação à nossa legislação: “1º) o decurso do tempo (teoria do esquecimento do fato); 2º) a correção do condenado; e 3º) a negligência da autoridade.”⁴⁰

O autor explica que, em relação ao primeiro fundamento, com o transcurso do tempo, a eficácia da resposta penal, em relação ao cometimento de um delito, perde o sentido devido à “inexistência do interesse estatal em apurar um fato ocorrido há muitos anos”. Já, em relação ao segundo fundamento, entende que, com o passar do tempo, se o indivíduo que cometeu um crime não reiterar o ato, presumir-se-á correção do condenado. Afirma que esse fundamento se depreende da interrupção da prescrição da pretensão executória pela reincidência, estabelecida pelo artigo 117, inciso VI, do Código Penal. Ainda, no que tange ao terceiro fundamento, assevera que a negligência da autoridade é punida quando extrapola os prazos previstos nos incisos I, II, III, IV, V, do artigo 117 do Código Penal.⁴¹

No entanto, observa-se que Damásio restringe-se a explicar os fundamentos jurídicos da prescrição com base na técnica utilizada pelo legislador brasileiro, ao invés de considerar o decurso do tempo.

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 867.

³⁸ PORTO, Antônio Rodrigues. **Da Prescrição Penal**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 17.

³⁹ PORTO, Antônio Rodrigues. **Da Prescrição Penal**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 17-18.

⁴⁰ JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34-35.

⁴¹ JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35.

Giulio Battaglini, por sua vez, entende que a Teoria do Esquecimento baseia-se na ideia de que com a passagem do tempo “cessa a exigência de uma reação contra o delito, presumindo a lei que, se o tempo não cancela a memória dos acontecimentos humanos, pelo menos a atenua ou esmaece”.⁴² Segundo Ortolan, essa teoria resume-se na “obra inexorável do tempo, que, extinguindo a lembrança do delito, faz cessar o direito de punir”.⁴³

Portanto, de acordo com essa teoria, com o passar do tempo, a sociedade acabaria esquecendo os crimes cometidos pelos indivíduos, inclusive os mais graves, de forma que não teria mais sentido punir os delitos, não haveria mais objetivo a reação penal.⁴⁴

Vincenzo Manzini afirma que a prescrição é o reconhecimento de um fato jurídico, em decorrência de um fato natural, que é o decurso do tempo, sendo o esquecimento acarretado pela incontestável passagem do tempo na vida pessoal dos indivíduos e da sociedade. O autor assevera, ainda, que:

[...]se o poder de punir se justifica exclusivamente pelo critério da necessidade, todo o exercício do poder repressivo será injustificado, quando não pareça necessário.⁴⁵

Na segunda teoria, a Teoria da correção do condenado, também conhecida como Teoria da Emenda, a ausência de condutas delituosas por parte do agente, durante o processo, demonstraria que não seria mais necessário punir o indivíduo, considerando que esse se regenerou com o decurso do tempo.⁴⁶ Dessa forma, acredita-se na emenda *jure et de jure* do criminoso.⁴⁷

Antônio Lopes Baltazar preconiza que o criminoso, ao não reincidir e passado um longo tempo, alcança a finalidade da pena, que é a ressocialização; de maneira que a aplicação da sanção não teria mais finalidade, seria uma simples vingança.⁴⁸

Cezar Roberto Bitencourt ressalva que os positivistas são contrários a essa teoria:

Os positivistas não admitem que a periculosidade possa desaparecer com o decurso do tempo, pois que como afirmava Cesare Lombroso, o criminoso é um ser

⁴² BATTAGLINI, Giulio. Direito Penal. v. 1. apud SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da Prescrição Penal**: de acordo com as Leis n°s 9.268/96 e 9.271/96: doutrina, prática, jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 20.

⁴³ ORTOLAN citado por FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal**: suas causas suspensivas e interruptivas. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 26.

⁴⁴ LOZANO JÚNIOR, José Júlio. **Prescrição Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 22.

⁴⁵ MANZINI, Vincenzo. **Tratatto di Diritto Penale**. 1. v., 1948 apud PORTO, Antônio Rodrigues. **Da Prescrição Penal**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 19-20.

⁴⁶ FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal**: suas causas suspensivas e interruptivas. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 31.

⁴⁷ TRIPPO, Maria Regina. **Imprescritibilidade Penal**. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 48.

⁴⁸ BALTAZAR Antônio Lopes. **Prescrição Penal**: prescrição da pretensão punitiva; retroativa; intercorrente; antecipada; da pretensão executória; da pena de multa; das penas restritivas de direito; direito comparado. 1. ed. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 16.

atávico, ou seja, ele é uma regressão ao homem primitivo ou selvagem; ele já nasce delinquente e, como tal continuara agindo até morrer.⁴⁹

Todavia, o autor não concorda com essa posição, em razão de acreditar na capacidade de resolução dos anseios individuais e coletivos, tanto pelo aspecto preventivo, quanto pelo retributivo, do instituto.⁵⁰ Sendo essa, também, a posição de Andrei Z. Schmidt⁵¹ e de Antônio L. Baltazar⁵².

Da terceira teoria, a da Teoria da negligência da autoridade, ou da Teoria da inércia do estado, surge da ideia de ser inadmissível o desrespeito dos prazos prescricionais estabelecidos pelas legislações, já que o sujeito que comete um delito não pode ficar a mercê do beneplácito eterno da vontade estatal punitiva. Isso porque, não existe benefício social em manter um criminoso por prazo indeterminado sujeito a um processo ou a uma pena.⁵³

Segundo essa teoria, o Estado deve cumprir com os prazos definidos por lei, de forma que não o fazendo, o ônus do descumprimento não poderá recair sobre o acusado.⁵⁴

Afora tais teorias contidas no tríplice fundamento, existem outras que merecem destaque, tais como: a Teoria Psicológica, a Teoria da Expição Moral e a Teoria da Dispersão das Provas.

A Teoria Psicológica é um desdobramento da Teoria da Correção pela qual se entende que o decurso do tempo como um fato capaz de eliminar o nexó psicológico entre o fato e o agente, pois muda a estrutura psíquica do criminoso.⁵⁵

Eduardo Reale Ferrari ministra o seguinte sobre tal teoria:

Defendida por Gabriel Tarde, essa teoria acredita que o tempo pode mudar a constituição psíquica do indivíduo, a eliminar o nexó psicológico entre o fato e o agente. Acreditando na força e na interferência que o tempo possui sobre as pessoas, entende que o cidadão, com o passar dos anos tornar-se-á outra pessoa, psicologicamente alterada, a não mais justificar a punição.⁵⁶

⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 869.

⁵⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 869.

⁵¹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da Prescrição Penal**: de acordo com as Leis nºs 9.268/96 e 9.271/96: doutrina, prática, jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 21.

⁵² BALTAZAR Antônio Lopes. **Prescrição Penal**: prescrição da pretensão punitiva; retroativa; intercorrente; antecipada; da pretensão executória; da pena de multa; das penas restritivas de direito; direito comparado. 1. ed. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 16.

⁵³ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da Prescrição Penal**: de acordo com as Leis nºs 9.268/96 e 9.271/96: doutrina, prática, jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 21.

⁵⁴ BALTAZAR Antônio Lopes. **Prescrição Penal**: prescrição da pretensão punitiva; retroativa; intercorrente; antecipada; da pretensão executória; da pena de multa; das penas restritivas de direito; direito comparado. 1. ed. Bauru: EDIPRO, 2003, p.17.

⁵⁵ TRIPPO, Maria Regina. **Imprescritibilidade Penal**. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 48-49.

⁵⁶ FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal**: suas causas suspensivas e interruptivas. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 32.

No entanto, o autor não concorda com esse fundamento, pois entende que tal solução é imaginária, visto que o objetivo da sanção não se relaciona com mudanças psíquicas do acusado.⁵⁷

Já, na Teoria da Expição Moral se supõe que, com o transcurso de um longo período, o criminoso já sofreria as consequências de seus atos através das angustias e ansiedades sentidas no decorrer do processo.⁵⁸

Nucci entende que tal teoria “funda-se na ideia de que, com o decurso do tempo, o criminoso sofre a expectativa de ser, a qualquer tempo, descoberto, processado e punido, o que já lhe serve de aflição”.⁵⁹

Cezar Roberto Bitencourt enquadra essas duas teorias dentro da *teoria da correção*, uma vez que ambas supõem a recuperação do criminoso em decorrência do decurso do tempo.⁶⁰

Na Teoria da dispersão das provas acredita-se que, com o decurso do tempo, as provas podem se dispersar, o que tornaria injusta a imposição de sanção, já que pode haver a incerteza comprobatória.⁶¹

Porto assevera que “com o perpassar do tempo, os meios de prova vão se tornando mais difíceis, quiçá impossíveis. Assim, a apuração do fato delituoso torna-se mais incerta e a defesa do acusado, mais precária”.⁶²

Portanto, é possível inferir que os fundamentos, quase sempre, estão relacionados com a capacidade do decurso do tempo de transformar os atos delituosos em um sentido pessoal (para o acusado) e, em um sentido social.

2.2.4. Natureza Jurídica

A respeito da busca da natureza jurídica de um instituto, Sídio Rosa de Mesquita Júnior faz a seguinte reflexão:

⁵⁷ FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal**: suas causas suspensivas e interruptivas. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 32.

⁵⁸ FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal**: suas causas suspensivas e interruptivas. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 27.

⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial**. 8. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. 611.

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 870

⁶¹ FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal**: suas causas suspensivas e interruptivas. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, p. 29.

⁶² PORTO, Antônio Rodrigues. **Da Prescrição Penal**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 19-22.

Sempre que procuramos encontrar a natureza jurídica de um instituto, procuramos sua *essência*. Ao definirmos a natureza jurídica da prescrição penal estaremos dizendo o que ela é verdadeiramente, o que representa para o direito e qual o lugar que ocupa na ciência jurídica.⁶³

Entre os doutrinadores há divergências em torno da natureza jurídica da prescrição. A maioria entende que a prescrição possui conteúdo de direito material, direito substantivo, enquanto outros a enquadram dentro do direito processual. Ainda, há uma terceira corrente que afirma o caráter misto da natureza da prescrição.⁶⁴

Helena Cláudio Fragoso é um dos destaques dentre a corrente minoritária, porquanto apregoa o caráter misto da natureza jurídica do instituto, sustentando ser mais nítido e evidente a natureza processual.⁶⁵

Já, Damásio E. de Jesus preleciona que o sistema da legislação brasileira entende que a natureza jurídica da prescrição é de direito material, uma vez que inclui a prescrição entre as causas de extinção da punibilidade estabelecidas pelo artigo 107 do Código Penal.⁶⁶

Oscar Vera Barros assevera que os efeitos processuais gerados pela prescrição “não são mais que uma consequência da extinção do poder punitivo do Estado no caso concreto” e que, se a pretensão punitiva, em sentido amplo, integra matéria de direito penal “o cancelamento dessa pretensão deve participar da mesma natureza”.⁶⁷

Antônio Rodrigues Porto, por sua vez, pontua que resta demonstrado o fato de a natureza do instituto ser material, uma vez que são os Códigos Penais que disciplinam os casos de prescrição, prazos, interrupção, suspensão, etc. e, não os Códigos Processuais.⁶⁸

Acerca do tema, Andrei Z. Schmidt faz a seguinte consideração:

Entendemos estar o tema prescricional necessariamente atrelado ao direito material. Não será, porém, pela sua topologia que encontraremos fundamentos satisfatórios para caracterizar sua substancialidade; o fato de uma norma estar contida no Código Penal, por si só, não a faz de direito substancial. O mesmo diga-se da forma de contagem do prazo: não é porque a regra a ser obedecida seja a do art. 10 do CP que a prescrição terá essa natureza. Não se deve definir um instituto pelos seus efeitos. O que, realmente caracteriza a materialidade da prescrição é a subjetividade do direito.⁶⁹

⁶³ MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. **Prescrição Penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 80

⁶⁴ LOZANO JÚNIOR, José Júlio. **Prescrição Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 24.

⁶⁵ FRAGOSO, Helena Cláudio. **A reforma da legislação penal**, in Revista brasileira de criminologia e direito penal 3/37, ano L, Rio, outubro-dezembro de 1963. apud ANDRADE, Christiano José de. **Da Prescrição em Matéria Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 28.

⁶⁶ JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34.

⁶⁷ BARROS, Oscar Vera. **La prescripción Penal em el Código Penal**. Buenos Aires: EBA, 1960, p. 44. apud JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34.

⁶⁸ PORTO, Antônio Rodrigues. **Da Prescrição Penal**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 30.

⁶⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da Prescrição Penal**: de acordo com as Leis nºs 9.268/96 e 9.271/96: doutrina, prática, jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 23-24.

Diante disso, verifica-se que o professor acredita que a prescrição possui natureza material, mas não por ser regulada pelo Código Penal, não pela maneira da contagem de prazos e não pelos seus efeitos. Entende que a subjetividade do direito a torna matéria de direito material, pois, quando o crime praticado por um réu ou condenado prescreve, nasce para tal o direito subjetivo público de ver o processo extinto.⁷⁰

Posto isso, é possível concluir que tanto a legislação brasileira, quanto a maioria dos doutrinadores, adotam a natureza jurídica da prescrição como sendo de direito material.

A partir dessa exposição geral do instituto da prescrição retroativa passa-se para análise de suas respectivas espécies.

3 DAS ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO E DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA

3.1. ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO

A prescrição penal pode ser dividida em duas espécies: prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória.

A prescrição retroativa é uma das modalidades de prescrição da pretensão punitiva.

Em relação à prescrição da pretensão punitiva, Cezar Roberto Bitencourt leciona que o direito abstrato de punir do Estado torna-se concreto a partir da prática de um delito, assim, surge para o Estado a intenção de punir, que perdurara até o trânsito em julgado da decisão condenatória, quando o *ius puniende* transforma-se em *ius punitiois*, ou seja, a pretensão punitiva transforma-se em pretensão executória.⁷¹

Antônio Lopes Baltazar, ao tratar da pretensão punitiva, a conceitua como “a exigência que faz o Estado que tem o poder-dever de punir, ao Poder Judiciário, para que este promova o julgamento e aplique uma sanção penal ao autor da infração”.⁷² Por sua vez, José J. Lozano Jr. entende que essa pretensão é “a exigência de subordinação do *jus libertatis* do criminoso ao *jus puniende* do Estado”.⁷³

⁷⁰ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da Prescrição Penal**: de acordo com as Leis nºs 9.268/96 e 9.271/96: doutrina, prática, jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 24.

⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 870.

⁷² BALTAZAR Antônio Lopes. **Prescrição Penal**: prescrição da pretensão punitiva; retroativa; intercorrente; antecipada; da pretensão executória; da pena de multa; das penas restritivas de direito; direito comparado. 1. ed. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 33.

⁷³ LOZANO JÚNIOR, José Júlio. **Prescrição Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41.

No entanto, o Estado possui um prazo para exercer essa pretensão punitiva, de forma que, não sendo respeitado, ocorrerá a extinção da punibilidade e, conseqüentemente, perderá tanto a pretensão punitiva, quanto a pretensão executória.

Nesse sentido, pontifica Damásio de Jesus que na pretensão punitiva:

[...] a passagem do tempo sem o seu exercício faz com que o Estado perca o poder-dever de punir no que tange à pretensão (punitiva) de o Poder Judiciário apreciar a lide surgida com a prática da infração penal e aplicar a sanção respectiva. Titular do direito concreto de punir, o Estado o exerce por intermédio da ação penal, que tem por objeto direto a exigência de julgamento da própria pretensão punitiva e por objeto mediato a aplicação da sanção penal. Com o decurso do tempo sem o seu exercício, o Estado vê extinta a punibilidade e, por consequência, perde o direito de ver satisfeitos aqueles dois objetos do processo.⁷⁴

No entanto, não é só o Poder Judiciário que tem um prazo legal para apreciar a lide, uma vez que “o início da persecução criminal por intermédio do inquérito policial e o começo da ação penal também estão condicionados ao decurso do tempo”. Logo, extrapolado o prazo estabelecido na legislação nem o inquérito poderá ser instaurado, nem a ação penal iniciada.⁷⁵

Em síntese, depois de um delito ser praticado, o Estado possui determinado lapso temporal para iniciar a ação penal e, então, com o início da ação penal terá outro prazo para proferir a sentença final.

O artigo 111 do Código Penal⁷⁶ determina os termos iniciais da prescrição da pretensão punitiva. Enquanto, os artigos 116⁷⁷ e 117⁷⁸ do mesmo código estabelecem, respectivamente, as causas suspensivas e interruptivas da prescrição.

⁷⁴ JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 39.

⁷⁵ JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 40.

⁷⁶ Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - do dia em que o crime se consumou; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

V - nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal. (Redação dada pela Lei nº 12.650, de 2012)

⁷⁷ Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

⁷⁸ Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - pela pronúncia; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

A prescrição da pretensão punitiva, portanto, é matéria de ordem pública, assim, quando reconhecida, deve ser declarada em qualquer fase do inquérito ou da ação, de acordo com o artigo 61 do Código de Processo Penal^{79 80}.

Quando ocorre a prescrição da pretensão punitiva, seus efeitos geram a extinção da punibilidade antes do trânsito em julgado da decisão, impedindo que o Estado possua um título executivo capaz de transformar o *jus puniende* em *jus punitiois* (pretensão executória). Portanto, ao sujeito ativo do delito não se aplicam os efeitos principais da pena, como a imposição da sanção em si, ou medida de segurança e, não se aplicam os efeitos secundários da pena, como ser considerado reincidente caso pratique novo delito. Além disso, não se impõem, também, os efeitos extrapenais, como os estabelecidos pelos artigos 91 e 92, do Código Penal.⁸¹

A prescrição da pretensão punitiva (PPP) possui três modalidades: a PPP *abstracta*, a PPP *retroativa* e a PPP *intercorrente (subsequente ou superveniente)*.

Destaca-se que a prescrição *abstracta* é a única “que pode ser reconhecida antes mesmo da existência de uma sentença condenatória”.⁸² É chamada dessa maneira, pois ainda não existe uma pena concreta na sentença para ser utilizada como parâmetro do prazo prescricional, que será determinado com base no máximo da pena privativa de liberdade prevista para o delito.⁸³

O artigo 109, do Código Penal, estabelece esses prazos:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

- I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;
- II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;
- III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;
- IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

III - pela decisão confirmatória da pronúncia; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis; (Redação dada pela Lei nº 11.596, de 2007).

V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena; (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

VI - pela reincidência. (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

⁷⁹ Art. 61. Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.

⁸⁰ JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43.

⁸¹ LOZANO JÚNIOR, José Júlio. **Prescrição Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43-44.

⁸² SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da Prescrição Penal**: de acordo com as Leis nºs 9.268/96 e 9.271/96: doutrina, prática, jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 26.

⁸³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 871.

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

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

Bitencourt aponta que há três métodos para encontrar o prazo prescricional:

[...] a) observar o máximo de pena privativa de liberdade cominado à infração penal; [...] b) verificar, no art. 109 do CP, o prazo prescricional correspondente àquele limite de pena cominado (prazo preliminar); [...] c) verificar se há alguma das causas modificadoras desses prazos: 1) Majorantes ou minorantes obrigatórias, exceto as referentes ao concurso formal próprio e ao crime continuado. [...] 2) Menoridade ou velhice (art. 115) [...] ⁸⁴

As causas majorantes devem ser consideradas pelo máximo de aumento possível e as minorantes pelo mínimo de diminuição, a fim de calcular a prescrição da pretensão punitiva. Assim, supondo um roubo com violência empregada por arma de fogo, a pena máxima cominada para tal delito é 10 anos (artigo 157 do Código Penal), com o uso da arma pode ser aumentada até pela metade (artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal), logo a pena máxima passa a ser de 15 anos e a prescrição ocorrerá em 20 anos (artigo 109, inciso I, do Código Penal).⁸⁵

Por outro lado, analisando uma tentativa de furto, delito que tem a pena máxima cominada em quatro anos de reclusão (artigo 155 do Código Penal) e que, com a tentativa (artigo 14, parágrafo único, do Código Penal) pode ser diminuída para, no mínimo, um terço, a pena máxima fica determinada em um ano e quatro meses e a prescrição ocorrerá em 4 anos (artigo 109, inciso V, do Código Penal).⁸⁶

Interessante destacar que o aumento da pena devido à forma qualificada do delito influência no prazo prescricional, mas as causas agravantes e atenuantes não são consideradas no cálculo do prazo.⁸⁷

Já, a PPP *intercorrente*, ao contrário da PPP *abstrata*, leva em consideração a pena concreta, estabelecida por sentença condenatória, com o transito em julgado para a acusação, ou após ser improvido o recurso, sendo que o lapso temporal para a contagem tem início na data da sentença e segue até o transito em julgado dessa para a defesa.⁸⁸

Delmanto faz uma análise acerca dessas hipóteses de verificação da PPP *intercorrente*:

⁸⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 871.

⁸⁵ PALOTTI JÚNIOR, Osvaldo. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2000, p. 105.

⁸⁶ PALOTTI JÚNIOR, Osvaldo. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2000, p. 105

⁸⁷ PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**: jurisprudência; conexões lógicas com vários ramos do direito. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 399.

⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 616.

Transito em julgado para a acusação: prolatada a sentença condenatória, a acusação não recorreu da mesma. Todavia, a sentença ainda não se tornou definitiva, já que não passou em julgado para a defesa. Entre a sentença condenatória e o seu definitivo transito em julgado pode ocorrer a prescrição subsequente.

Improvemento do recurso da apelação: a acusação recorre visando ao aumento da pena aplicada, mas seu recurso é improvido pelo tribunal. Decorrido o prazo prescricional com base na pena imposta, há a prescrição subsequente. Todavia, se o recurso interposto pela acusação é provido sem que haja elevação da pena aplicada, também é possível o reconhecimento da prescrição superveniente.⁸⁹

A prescrição *intercorrente* relaciona-se com a prescrição *retroativa*, visto que ambas baseiam-se na pena aplicada *in concreto*; contudo, a primeira direciona-se para o período subsequente à sentença condenatória recorrível, enquanto a outra direciona-se para o período anterior à sentença. Assim, há três pressupostos básicos para que ocorra a *PPP intercorrente*: a inoccorrência de prescrição *abstracta e retroativa*, a existência de sentença condenatória e, o transito em julgado para acusação ou improvemento de seu recurso.⁹⁰

Cezar Roberto Bitencourt preleciona que há três passos para se encontrar o prazo prescricional nessa modalidade: **(1)** verificar qual é a pena concretizada na sentença condenatória (nessa pena, caso haja majoração por concurso formal próprio e por crime continuado, não deverá ser computado para fins de análise do prazo e, a detração somente será utilizada no momento da execução da pena, ou para a prescrição da pretensão executória); **(2)** buscar, a partir do artigo 109 do Código Penal, qual é o prazo correspondente com a pena e **(3)** analisar a existência das causas modificadoras do prazo prescricional contidas no artigo 115 do Código Penal⁹¹.

Já, a segunda espécie de prescrição penal, a prescrição da pretensão executória, não possui modalidades, como ocorre com a PPP. Ao ocorrer a extinção da punibilidade, depois do transito em julgado da decisão condenatória, o Estado perde o seu direito à execução da pena.⁹²

Antônio L. Baltazar explica que da prática do delito, até o transito em julgado da sentença para a acusação, o Estado detinha a pretensão punitiva. No momento em que transita

⁸⁹ DELMANTO, **Código Penal Comentado** p. 181 apud PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal: jurisprudência; conexões lógicas com vários ramos do direito**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 404.

⁹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 888-889.

⁹¹ 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

⁹² SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da Prescrição Penal**: de acordo com as Leis nºs 9.268/96 e 9.271/96: doutrina, prática, jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 27.

em julgado “definitivamente”, (transita em julgado, também, para a defesa), surge o *jus executionis*, o poder-dever de impor a sanção aplicada.⁹³

Como ensina José Frederico Marques, “a pena em concreto vai servir de fundamento para o cálculo da prescrição” e, “ seu efeito, portanto é *ex nunc*, no que tange à execução (e *ex tunc* quanto ao direito de punir)”.⁹⁴

Acerca da PP *executória*, José Júlio Lozano Júnior faz a seguinte consideração:

Pelo fato de a prescrição da pretensão executória ocorrer sempre depois do transito em julgado da sentença condenatória, ela não impede o Estado-Administração de conseguir o título executivo penal, o qual se forma validamente e, mesmo que posteriormente atingido pela prescrição em exame, gera alguns efeitos penais e extrapenais [...]⁹⁵

Portanto, diferentemente da prescrição da pretensão punitiva, a prescrição executória não impossibilita os efeitos secundários da pena e os efeitos extrapenais; entretanto afasta o efeito principal que é o cumprimento da pena. Um réu condenado pela prática de furto, por exemplo, poderá ser executado na esfera civil para reparar os danos causados e, caso pratique novo delito, será considerado reincidente, apesar de, com a ocorrência da prescrição da pretensão executória, não cumprir a pena imposta.⁹⁶

Andrei Z. Schmidt estabelece três pressupostos para que seja reconhecida a *PPE*: o primeiro pressuposto é a inoccorrência de prescrição da pretensão punitiva em qualquer de suas modalidades; o segundo é a sentença condenatória irrecorrível, logo, tem que haver o transito em julgado “definitivo”, tanto para a acusação, quanto para a defesa e; por último, não pode ocorrer a satisfação da pretensão executória estatal pelo condenado, uma vez que o prazo inicial só começará a correr se a pretensão executória estiver prejudicada.⁹⁷

3.2. PRESCRIÇÃO RETROATIVA

3.2.1. Histórico

No Brasil, a partir da vigência do Decreto 4.780 de 27 de dezembro de 1923 (que alterou o Código Penal de 1980), surgem os primeiros debates acerca da existência da prescrição retroativa, em razão de tal diploma legal introduzir o artigo 35, *in verbis*:

⁹³BALTAZAR Antônio Lopes. **Prescrição Penal**: prescrição da pretensão punitiva; retroativa; intercorrente; antecipada; da pretensão executória; da pena de multa; das penas restritivas de direito; direito comparado. 1. ed. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 121.

⁹⁴MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. 1. ed. Campinas: Millennium, 1999. v. 3, p. 501.

⁹⁵LOZANO JÚNIOR, José Júlio. **Prescrição Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 215.

⁹⁶LOZANO JÚNIOR, José Júlio. **Prescrição Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 216.

⁹⁷SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da Prescrição Penal**: de acordo com as Leis nºs 9.268/96 e 9.271/96: doutrina, prática, jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 170-171.

Art. 35. As disposições dos artigos precedentes são applicaveis, de accôrdo com o que estabelece o art. 78 do Codigo Penal, á prescripção da acção penal, regulando-se esta pelo maximo da pena abstractamento comminada na lei, ou pela que for pedida no libello, ou, finalmente, pela que for imposta em sentença de que somente o réu houver recorrido.⁹⁸

Embora, o artigo não estabelecer expressamente a modalidade retroativa, alguns juristas começaram a enxergar a possibilidade de interpretá-lo de maneira a conceber a contagem retroativa do prazo, porquanto restou determinado a prescrição pela pena *in concreto*, após o trânsito em julgado de sentença que somente o réu houvesse recorrido.⁹⁹

Nílson Vital Naves cria uma linha cronológica sobre o nascimento da prescrição retroativa em seu artigo "O Supremo Tribunal Federal e o Princípio da Prescrição pela Pena em Concreto". O Promotor relata que, ainda sob a égide de tal Decreto, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 28.638, concedeu a ordem, admitindo a prescrição retroativa. Acrescenta que, anos depois, em 12 de junho de 1946, quando já estava em vigor o Código de 1940, o Egrégio Supremo, em sessão plenária, acolheu a prescrição retroativa com base na pena imposta no Habeas Corpus nº 29.370.¹⁰⁰

Contudo, no final de 1947, o Egrégio Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento (Habeas Corpus n. 29.922) permitindo, somente, a prescrição intercorrente, que já havia sido acatada com a superveniência do artigo 35 supratranscrito. Tal posicionamento, contrário a prescrição retroativa, perdurou até meados de 1950, quando em 1951, a discussão recomeçou, formando-se duas correntes.¹⁰¹

A corrente a favor da prescrição retroativa era liderada pelo Ministro Nelson Húngria; a contrária e, até o momento, majoritária, era liderada pelo Ministro Luiz Galotti.¹⁰²

Com intuito de defender seu posicionamento o Ministro Gallotti alegava o seguinte:

Ora, a nossa lei é expressa ao atribuir efeito interruptivo à sentença condenatória recorrível (...) e, por igual, no dizer que, em regra, a prescrição interrompida recomeça por inteiro (...), a tornar claro que ficou inutilizado, para tal fim, o prazo que fluiu anteriormente.¹⁰³

⁹⁸ Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4780-27-dezembro-1923-568835-publicacaooriginal-92160-pl.html>>. Acesso em: 25. out. 2013.

⁹⁹ BALTAZAR Antônio Lopes. **Prescrição Penal**: prescrição da pretensão punitiva; retroativa; intercorrente; antecipada; da pretensão executória; da pena de multa; das penas restritivas de direito; direito comparado. 1. ed. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 73

¹⁰⁰ NAVES, Nílson Vital. **O Supremo Tribunal Federal e o princípio da prescrição pela pena em concreto**. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/revistas/wcx250.pdf>> fl. 285. Acesso em: 25. out. 2013.

¹⁰¹ NAVES, Nílson Vital. **O Supremo Tribunal Federal e o princípio da prescrição pela pena em concreto**. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/revistas/wcx250.pdf>> fl. 285-286. Acesso em: 25. out. 2013.

¹⁰² NAVES, Nílson Vital. **O Supremo Tribunal Federal e o princípio da prescrição pela pena em concreto**. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/revistas/wcx250.pdf>> fl. 286. Acesso em: 25. out. 2013.

¹⁰³ NAVES, Nílson Vital. **O Supremo Tribunal Federal e o princípio da prescrição pela pena em concreto**. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/revistas/wcx250.pdf>> fl. 286. Acesso em: 25. out. 2013.

Já, o Ministro Húngria contestava que:

[...] a pena concretizada, na ausência de recurso do Ministério Público, é a única a que, no caso, correspondia **ab initio** o direito de punir por parte do Estado, de modo que a mais elementar Justiça impõem o aproveitamento do tempo decorrido entre a última causa interruptiva e a sentença condenatória já decorreu tempo ciente para a prescrição referida à pena concretizada [...] se entre a última causa interruptiva e a sentença condenatória já decorreu tempo suficiente para a prescrição da pena **in concreto**, a sentença não é causa interruptiva, pois não se interrompe aquilo que já cessou ou que já se consumou.¹⁰⁴

Com o passar do tempo, por intermédio da entrada de novos ministros, no final de 1959, as duas correntes possuíam igualdade de votos, dependendo a decisão a favor ou contra, da composição do plenário nos julgamentos.¹⁰⁵

Em 1960, dois novos ministros assumiram o cargo, Gonçalves de Oliveira e Víctor Nunes, sendo que o primeiro, de início, era contrário à tese da prescrição pela pena *in concreto*, mas depois passou a acolhê-la e, o segundo desde o princípio seguiu o posicionamento do Ministro Húngria que, em 1961, se aposentou. No seu lugar, assumiu o Ministro Pedro Chaves que também era a favor da prescrição retroativa.¹⁰⁶

No ano de 1963, mais outros dois novos Ministros assumiram na Suprema Corte, Hermes Lima e Evandro Lins, sendo que ambos eram partidários à modalidade retroativa, conseqüentemente, a corrente majoritária passou a ser a defendida pelo Ministro Nelson Húngria.¹⁰⁷

Finalmente, em 1964, o Egrégio Supremo Tribunal Federal edita a Súmula nº 146, que para muitos é considerada o marco principal da prescrição retroativa na jurisprudência. Tal súmula estabelece a prescrição da pretensão punitiva sobre a pena em concreto, quando não há recurso da acusação, ao contrário do artigo 35 do Decreto 4.780-1923, que determinava a ocorrência após o trânsito em julgado de sentença que somente o réu houvesse recorrido, *in verbis*:

STF Súmula nº 146 - 13/12/1963 - Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 82.

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

¹⁰⁴ NAVES, Nilson Vital. **O Supremo Tribunal Federal e o princípio da prescrição pela pena em concreto**. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/revistas/wcx250.pdf>> fl. 286. Acesso em: 25. out. 2013.

¹⁰⁵ NAVES, Nilson Vital. **O Supremo Tribunal Federal e o princípio da prescrição pela pena em concreto**. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/revistas/wcx250.pdf>> fl. 287. Acesso em: 25. out. 2013.

¹⁰⁶ NAVES, Nilson Vital. **O Supremo Tribunal Federal e o princípio da prescrição pela pena em concreto**. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/revistas/wcx250.pdf>> fl. 287. Acesso em: 25. out. 2013.

¹⁰⁷ NAVES, Nilson Vital. **O Supremo Tribunal Federal e o princípio da prescrição pela pena em concreto**. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/revistas/wcx250.pdf>> fl. 287-288. Acesso em: 25. out. 2013.

A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.¹⁰⁸

Antônio Rodrigues Porto afirma que três problemas surgiram a partir da aplicação da Súmula n. 146:

a) se havia sempre necessidade de recurso do réu para sua aplicabilidade; b) se, havendo recurso da acusação já não seria aplicável a súmula; c) se a retroatividade da pena concretizada na sentença se estendia à fase anterior à denúncia.¹⁰⁹

O autor informa que após várias hesitações, o Egrégio Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência aplicando a súmula se houvesse recurso do réu e, não aplicando, se o recurso da acusação almejasse a agravação da pena. Dessa forma, o prazo prescricional só poderia retroagir até a denúncia, não podendo incidir sobre o período que a antecede e, também seria inaplicável nos casos de condenação imposta em segunda instância, ao prover recurso da acusação contra sentença absolutória.¹¹⁰

Em 1969, o Decreto-Lei nº 1.004, que instituía o Código Penal de 1969, tentou eliminar a prescrição retroativa do ordenamento jurídico brasileiro, contudo, o Código não entrou em vigor, restando frustrada a tentativa daqueles que eram contra a modalidade retroativa do instituto.¹¹¹

O ponto n. 37 da exposição de motivos do Código de 1969 justificava a exclusão da modalidade retroativa:

37. Em matéria de prescrição, o projeto expressamente elimina a prescrição pela, pena em concreto, estabelecendo que, depois da sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, ela se regula também, **dai por diante** pela pena imposta. Termina-se, assim, com a teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto, que é tecnicamente insustentável e que compromete gravemente a eficiência e a seriedade da repressão.¹¹²

E, o artigo 111, § 1º do mesmo diploma mantinha somente a prescrição intercorrente:

Art. 111. A prescrição da ação penal, salvo o disposto no § 1º deste artigo, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:
(...)

¹⁰⁸ Disponível em: (http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0146.htm). Acesso em: 25. out. 2013.

¹⁰⁹ PORTO, Antônio Rodrigues. **Da Prescrição Penal**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 96.

¹¹⁰ PORTO, Antônio Rodrigues. **Da Prescrição Penal**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 96.

¹¹¹ BALTAZAR Antônio Lopes. **Prescrição Penal**: prescrição da pretensão punitiva; retroativa; intercorrente; antecipada; da pretensão executória; da pena de multa; das penas restritivas de direito; direito comparado. 1. ed. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 76.

¹¹² Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/224150/000349860.pdf?sequence=1>> p. 163. Acesso em: 25. out. 2013.

§ 1º A prescrição, depois de sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também, **daí por diante**, pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos.¹¹³ [**grifo nosso**].

Quando o Código Penal de 1969, ainda estava no período da *vacatio legis*, em 1973, esse artigo foi modificado pela Lei n. 6.016 de 1973, que suprimiu o termo *daí por diante*, permitindo então, a possibilidade de existência da prescrição retroativa.¹¹⁴

Após, em 1977, foi promulgada a Lei n. 6.416, que admitiu a prescrição retroativa, mas procurou restringi-la. Com essa lei a modalidade retroativa somente poderia abranger a pretensão executória da pena principal e, de maneira alguma, poderia ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia.¹¹⁵

Anos depois, na reforma do Código Penal em 1984, através da Lei n. 7.209, a prescrição retroativa passou a ter, conforme Paulo José da Costa Junior, "abrangência até superior à orientação mais liberal adotada pelo Supremo Tribunal Federal". Assim, a prescrição da pretensão punitiva não mais se exigia que o réu tivesse recorrido da decisão condenatória pelo mérito e, passou a admitir sua incidência em data anterior ao recebimento da denúncia.¹¹⁶

As mudanças causadas por essa reforma perduraram até a superveniência da Lei n. 12.234 de 2010, que causou significativas alterações no instituto, como será visto no decorrer deste capítulo.

Antônio Lopes Baltazar também faz a seguinte consideração acerca da modalidade retroativa do instituto da prescrição: “a prescrição retroativa é uma novidade genuinamente brasileira, porque nenhuma outra legislação a contempla, sendo também desconhecida na doutrina estrangeira”.¹¹⁷

Observa-se, portanto, que a evolução da prescrição retroativa foi marcada por diversas mudanças, o que a faz uma das modalidades mais controversas do instituto da prescrição. Atualmente, retornou a ser o centro de grandes debates com a vigência da Lei n. 12.234-2010.

3.2.2. Aspectos relevantes da prescrição retroativa

¹¹³Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 25 out. 2013.

¹¹⁴BALTAZAR Antônio Lopes. **Prescrição Penal**: prescrição da pretensão punitiva; retroativa; intercorrente; antecipada; da pretensão executória; da pena de multa; das penas restritivas de direito; direito comparado. 1. ed. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 77.

¹¹⁵COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito Penal**: curso completo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 233-234.

¹¹⁶COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito Penal**: curso completo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 234.

¹¹⁷BALTAZAR Antônio Lopes. **Prescrição Penal**: prescrição da pretensão punitiva; retroativa; intercorrente; antecipada; da pretensão executória; da pena de multa; das penas restritivas de direito; direito comparado. 1. ed. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 78.

A prescrição retroativa, como já mencionado é umas das modalidades de prescrição da pretensão punitiva. Essa modalidade de prescrição penal pode ser conceituada como “uma forma de prescrição em concreto que é *contada para trás* (daí chamar-se retroativa)”.¹¹⁸

Seus pressupostos, de acordo com José Júlio Lozano Júnior, são: 1º) a inoccorrência de prescrição abstrata; 2º) a existência de decisão condenatória, uma vez que tem por base de cálculo da prescrição a pena aplicada em concreto e 3º) o trânsito em julgado para a acusação ou improvimento de seu recurso.¹¹⁹

Damásio E. de Jesus ensina que, em relação ao segundo pressuposto, a modalidade retroativa não pode ser aplicada quando a decisão for absolutória ou meramente declaratória da extinção da punibilidade, sem a condenação do réu. Todavia, segundo o autor, pode incidir quando o réu for absolvido em primeiro grau, mas condenado pelo Tribunal em face de recurso *ex officio* ou da acusação.¹²⁰

Já, em relação ao terceiro pressuposto, o autor assevera que:

É Imprescindível para a aplicação do princípio retroativo que não caiba mais recurso da acusação (Ministério Público, querelante e assistente, se for o caso), ou que ele tenha sido improvido. Assim, enquanto couber recurso da acusação, ou durante sua tramitação, desde que interposto visando à agravação da pena, [...], não será possível a declaração da extinção da punibilidade. Entretanto, mesmo que provido, de modo a não alterar o prazo prescricional, não fica impedido o princípio retroativo [...] Só há impedimento quando vem a ser provido de maneira a alterar o lapso prescricional, tornando impossível a extinção da punibilidade.¹²¹

Cezar Roberto Bitencourt entende que, para encontrar o prazo prescricional na prescrição retroativa, deve-se primeiro buscar qual foi a pena concretizada na sentença condenatória e, em seguida, procurar o prazo prescricional correspondente através do artigo 109 do Código Penal e, por fim, analisar se existe alguma das causas modificadoras do lapso temporal determinadas pelo artigo 115 do Código Penal.¹²²

Além disso, salienta que não é possível reconhecer antecipadamente o prazo prescricional da prescrição retroativa com base numa pena hipotética, visto que o acusado tem o direito de receber uma decisão de mérito. Com a ocorrência da prescrição antecipada, o

¹¹⁸ LOZANO JÚNIOR, José Júlio. **Prescrição Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 167.

¹¹⁹ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da Prescrição Penal**: de acordo com as Leis n°s 9.268/96 e 9.271/96: doutrina, prática, jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 125-126.

¹²⁰ JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 154.

¹²¹ JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 154.

¹²² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 874.

princípio da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal) estaria sendo violado, uma vez que presumir-se-ia a culpa do réu.¹²³

Essa prescrição antecipada seria uma derivação da prescrição retroativa. Nesse sentido, Osvaldo Palotti Júnior explica que “consiste no reconhecimento da prescrição retroativa na ocasião do recebimento da denúncia ou da queixa, tomando-se por base a pena que possível ou provavelmente seria imposta”.¹²⁴

No tocante aos seus efeitos, a prescrição retroativa, por ser uma modalidade de prescrição da pretensão punitiva extingue os efeitos principais e os secundários da pena.

Com o escopo de compreender as mudanças ocasionadas na modalidade retroativa, pela superveniência da Lei n. 12.234 de 2010, resta necessário o exame de como era sua incidência no período imediatamente anterior à vigência de referida lei.

Nesse período, a prescrição retroativa foi orientada pela reforma do Código Penal que aconteceu em 1984. E, de acordo com Andrei Zenkner Schmidt, possuía as seguintes semelhanças e diferenças em relação à prescrição abstrata:

As prescrições abstrata e retroativa possuem semelhanças no que se referem à sua natureza e aos seus termos iniciais e finais; ambas atingem a pretensão *punitiva* estatal e ambas contam-se entre a data do fato (DF) e a data da publicação da sentença condenatória (DPSC), sofrendo, nesse ínterim, as respectivas interrupções. Diferem em relação à base do prazo prescricional: a abstrata leva em consideração o máximo de pena cominada ao delito; a retroativa, ao contrário da abstrata, só pode ser reconhecida após a existência de uma sentença condenatória trânsita em julgado para a acusação, e desde que não incidente a primeira forma de prescrição da pretensão punitiva.¹²⁵

A retroativa estava prevista no artigo 110, §§ 1º e 2º, do Código Penal:

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

§ 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.¹²⁶

§ 2º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa. [grifo nosso]¹²⁷

¹²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 874.

¹²⁴ PALOTTI JÚNIOR, Osvaldo. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2000, p. 108.

¹²⁵ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da Prescrição Penal**: de acordo com as Leis n°s 9.268/96 e 9.271/96: doutrina, prática, jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 124.

¹²⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25. out. 2013.

¹²⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm. Acesso em: 25. out. 2013.

Portanto, ela poderia incidir entre a data da publicação da sentença condenatória até a data do recebimento da denúncia ou queixa; entre a data do recebimento da denúncia ou queixa até a data da consumação do delito¹²⁸ e da data do acórdão condenatório até a data do recebimento da denúncia ou queixa, quando há absolvição em grau inferior.¹²⁹

Com a superveniência da Lei 12.234 de 2010 esse quadro de aplicação mudou.

O parágrafo 2º do artigo 110 do Código Penal foi revogado, enquanto o paragrafo 1º teve sua redação alterada:

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).

Logo, resta evidente que a partir da Lei 12.234-2010, a prescrição retroativa não pode mais incidir entre a data do recebimento da denúncia ou queixa até a data da consumação do delito.

Assim, com uma parcela da prescrição retroativa suprimida, começaram discussões acerca de como deveria ser interpretada a Lei n. 12.234-2010 e, da possibilidade de violação de princípios constitucionais penais devido às modificações ocasionadas pela lei.

4 DAS ALTERAÇÕES DA PRESCRIÇÃO PENAL RETROATIVA COM O ADVENTO DA LEI N. 12.234 DE 2010

4.1. LEI N. 12.234 DE 2010

A lei 12.234 foi publicada no ano de 2010 e, alterou consideravelmente o instituto da prescrição penal, inclusive em sua modalidade retroativa.

¹²⁸ Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

I - do dia em que o crime se consumou;

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

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

IV - nos de bigamia nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido. (com a lei 12.650 de 2010 foi acrescentado o inciso V: V - nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.).

¹²⁹ LOZANO JÚNIOR, José Júlio. **Prescrição Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 168.

Essa lei originou-se do Projeto n. 1383¹³⁰, que passou a tramitar na Câmara dos Deputados em 02 de julho de 2003.

Em princípio a intenção do projeto era extinguir integralmente a prescrição retroativa do ordenamento jurídico brasileiro através da alteração da redação do artigo 110 do Código Penal e, da revogação parágrafo segundo do mesmo artigo:

[...] II - O § 1º do art. 110 passa a vigorar com a redação seguinte:

Art. 110 -

A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por tempo inicial data anterior à da publicação da sentença ou do acórdão.

III – Revoga-se o § 2º do art. 110 do Código Penal.¹³¹

O Deputado Antônio Carlos Biscaia, autor do projeto, justificou a proposta asseverando que a modalidade do instituto estava sendo utilizada como um instrumento facilitador da impunidade:

A prática tem demonstrado, de forma inequívoca, que o instituto da prescrição retroativa, consigne-se, uma iniciativa brasileira que não encontra paralelo em nenhum outro lugar do mundo, tem se revelado um competéssimo instrumento de impunidade, em especial naqueles crimes perpetrados por mentes preparadas, e que, justamente por isso, provocam grandes prejuízos seja à economia do particular, seja ao erário, ainda dificultando sobremaneira a respectiva apuração.¹³²

Em 31 de maio de 2005, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) aprovou as modificações propostas pelo projeto de Lei, declarando-o constitucional. O relator, Deputado Roberto Magalhães, acrescentou que o parágrafo primeiro do artigo 110 do Código Penal deveria ser transformado em parágrafo único, já que o paragrafo segundo do mesmo artigo seria revogado. Ademais, salientou o seguinte:

O que se percebe é que o reconhecimento da ocorrência da prescrição com termo anterior à sentença (prescrição retroativa), ou o pedido de arquivamento de um processo que provavelmente se mostrará inútil (prescrição antecipada) têm como consequência uma sensação de impunidade.¹³³

Já, em 05 de março de 2007, o Deputado Fernando Coruja aprovou emenda ao projeto de lei nº 1.383/2003, que alterou o termo inicial do prazo prescricional para a data da

¹³⁰ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=122756>. Acesso em: 25. out. 2013.

¹³¹ Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=298E513BDB327ED309B1A51488A6908E.node1?codteor=144916&filename=PL+1383/2003. Acesso em: 25. out. 2013.

¹³² Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=298E513BDB327ED309B1A51488A6908E.node1?codteor=144916&filename=PL+1383/2003. Acesso em: 25. out. 2013.

¹³³ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/310634.pdf>. Acesso em: 25. out. 2013.

denúncia ou queixa, extinguindo, assim, somente a parcela da prescrição retroativa relativa ao lapso entre o recebimento da denúncia até a data da consumação do delito. O deputado salientou em sua justificativa que “a inovação faz com que o Estado, a despeito de sua ineficiência para o julgamento dos réus que processa, retire o benefício da prescrição da defesa, apoderando-se dela como dono do tempo do réu”.¹³⁴

O Senado, com o intuito de extinguir a prescrição retroativa, em 2009, propôs emenda ao projeto de lei, que acabou sendo rejeitada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania através do voto do Deputado Eduardo Cunha. O relator fundamentou seu voto aduzindo que através de tal emenda poderia ocorrer uma espécie de suspensão do prazo prescricional durante o processo penal.¹³⁵

Por fim, em 05 de maio de 2010, a Lei 12.234 foi publicada com a seguinte redação:

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

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

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

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

.....” (NR)

“Art. 110.

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

§ 2º (Revogado).” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Revoga-se o § 2º do art. 110 do Código Penal.¹³⁶

O artigo primeiro da lei explica que as alterações nos artigos 109 e 110 do Código Penal foram efetuadas com o intuito de *excluir* a prescrição retroativa do ordenamento jurídico brasileiro e, de fato, esse era o propósito do projeto nº 1383.

No entanto, ao ser publicada, como já foi visto no segundo capítulo, a lei suprimiu a incidência da prescrição entre o lapso temporal do recebimento da denúncia ou queixa e da consumação do delito, não a restringindo entre o período da sentença condenatória com

¹³⁴ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/439837.pdf>. Acesso em: 25. out. 2013.

¹³⁵ Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0C196516CFB293CB426F2328A927D53B.node1?codteor=716997&filename=Tramitacao-PL+1383/2003. Acesso em: 25. out. 2013.

¹³⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112234.htm. Acesso em: 25. out. 2013.

trânsito em julgado para a acusação (ou improvido o recurso) e do recebimento da denúncia ou queixa.

Portanto, surgiram duas correntes entre os doutrinadores, uma defende que a prescrição retroativa foi eliminada do ordenamento jurídico brasileiro, enquanto a outra aduz que somente uma parcela dela foi suprimida.¹³⁷

4.2. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS FRENTE ÀS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI N. 12.234 DE 2010 E A VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAS

Antes da análise de cada posição, cabe fazer referência ao ensinamento de Pierpaolo Cruz Bottini acerca da importância dos princípios constitucionais:

Os princípios constitucionais oferecem ao interprete as pautas para a argumentação válida no campo da aplicação da norma penal. A partir deles serão construídos e materializados os institutos dogmáticos, em uma progressiva concretização de conceitos derivados, até o desenvolvimento último de orientações pragmáticas que solucionem os casos concretos.¹³⁸

Portanto, a análise dos princípios constitucionais envolvidos com a superveniência da lei 12.234 de 2010 é de suma importância para a compreensão do significado das modificações ocasionadas pela lei.

4.2.1. Supressão total da prescrição retroativa

Damásio E. De Jesus é um dos defensores da corrente de pensamento que acredita na supressão integral da prescrição retroativa com a superveniência da Lei 12.234 de 2010.

O autor entende que a lei proibiu totalmente a prescrição retroativa no momento em que explicitou em seu artigo primeiro tal intenção (“*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*”), assevera que foi vontade do legislador e vontade da lei excluir-la, fazendo, então, uma análise literal da Lei n. 12.234 de 2010.¹³⁹

Damásio também faz uma análise sistemática da Lei, quando aduz que a prescrição retroativa estava prevista no parágrafo segundo do artigo 110 do Código Penal

¹³⁷ JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 145.

¹³⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O Princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, n. 85, p. 266-296, jul.- ago., 2010. p. 269.

¹³⁹ JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 196-197.

concomitantemente com o parágrafo primeiro do mesmo artigo, sendo que, analisando isoladamente o parágrafo primeiro, esse só previa a modalidade intercorrente de prescrição da pretensão punitiva. Por conseguinte, no momento que o parágrafo segundo foi revogado pela Lei n. 12.234 de 2010, a modalidade retroativa não possui mais embasamento legal para existir.¹⁴⁰

Ademais, fundamentou que não seria plausível a lei eliminar parte da incidência da modalidade retroativa e, permitir a outra, sendo que, caso não tivesse sido integralmente proibida, o princípio da proporcionalidade estaria sendo violado:

Entender que ainda é possível a prescrição retroativa no período entre o recebimento da denúncia ou queixa e a publicação da sentença, sendo proibida entre a data do fato e a do recebimento da acusação formal, é infringir o princípio constitucional da proporcionalidade. Aceitar será permitir flagrante desproporção na consideração dos períodos prescricionais de igual extensão temporal.¹⁴¹

A respeito do princípio da proporcionalidade, Guilherme de Souza Nucci leciona “que as penas devem ser harmônicas com a gravidade da infração penal cometida, não tendo cabimento o exagero nem tampouco a extrema liberalidade na cominação das penas”.¹⁴²

No caso, Damásio alega que o prazo prescricional (assim como as penas) deve ser harmônico, não podendo incidir no período entre a denúncia e a sentença condenatória, se está vedado entre a data da consumação do delito e a denúncia.

O Promotor Francisco Bissoli Filho também defende a eliminação total da prescrição retroativa destacando dois aspectos:

Cabe destacar, [...], dois aspectos: primeiramente, a clareza do artigo 1º da Lei n. 12.234/10, quanto ao propósito de o legislador de excluir prescrição retroativa do Código Penal, cujo sentido não pode ser alterado por qualquer interpretação que se faça da nova redação do § 1º do artigo 110 do Código Penal, atribuída pela mesma Lei; e o segundo, que a interpretação atribuída ao novo texto do § 1º do artigo 110 do Código Penal, desde que observada a técnica jurídica, não comporta sentido diverso que não o de que a prescrição retroativa foi, de fato e de direito, revogada integralmente, sendo, como determina o artigo 1º da Lei n. 12.234/10, excluída do Código Penal.¹⁴³

Posto isso, percebe-se que a corrente de pensamento que defende que a superveniência da Lei 12.234 de 2010 suprimiu totalmente a prescrição retroativa baseia-se na interpretação literal e técnica da mesma.

¹⁴⁰ JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 198-199.

¹⁴¹ JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 200.

¹⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 91.

¹⁴³ BISSOLI FILHO, Francisco. **A revogação total da prescrição retroativa pela Lei n. 12.234, 5 de maio de 2010, e crítica a esse instituto**. Disponível em: <http://www.mp.sc.gov.br/portal/conteudo/revista_17_web.pdf> pag. 26. Acesso em: 25. out. 2013.

4.2.2. Supressão parcial da prescrição retroativa

O doutrinador Cezar Roberto Bitencourt defende a linha de pensamento que acredita na supressão de somente uma parcela da prescrição retroativa, aduzindo que a nova redação do parágrafo primeiro do artigo 110 vedou, expressamente, apenas a incidência entre a denúncia ou queixa e a consumação do crime, permanecendo possível a incidência entre a sentença condenatória (transitada em julgado para acusação ou com recurso improvido) e a denúncia ou queixa.¹⁴⁴

Desse mesmo modo, conclui Luiz Flávio Gomes:

[...] 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 extra-processual). Só é possível contabilizar o prazo processual (a partir do recebimento da peça acusatória).¹⁴⁵

Bitencourt assevera que as alterações trazidas pela lei violam, principalmente, os princípios da *proporcionalidade* e da *duração razoável do processo*.

Acerca do princípio da proporcionalidade, Luciano Feldens preleciona que surgiu como uma maneira de ponderar o poder sancionador do Estado, uma vez que o Direito deve manter o equilíbrio entre os interesses particulares e sociais, não podendo permitir a restrição de um direito individual em um nível superior ao exigido para a preservação do interesse público.¹⁴⁶

Deve-se ter em mente que, tal princípio pode ser escalonado a partir de um raciocínio trifásico: (1) exame de adequação, objetivando que a medida estatal desencadeada seja a correta para a finalidade, para a realização do interesse público; (2) exame da necessidade, ou seja, a medida escolhida para obter o fim almejado é menos gravosa entre as eficazes e disponíveis; e (3) exame da proporcionalidade em sentido estrito, no qual se analisa a “pena justa” basicamente, a relevância do fim perseguido deve ser ponderada com a relevância do prejuízo causado ao direito fundamental.¹⁴⁷

¹⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 875.

¹⁴⁵ GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Prescrição retroativa e virtual: não desapareceram completamente*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 25.out.2013.

¹⁴⁶ FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 156.

¹⁴⁷ FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 161-166.

Nesse diapasão, o professor Bitencourt leciona que o sistema penal brasileiro adota o princípio da proporcionalidade para definir os prazos prescricionais, já que os mesmos estão diretamente vinculados com a duração das penas. Afirma o autor que o legislador ao suprimir parcela da prescrição retroativa, violou esse princípio, uma vez que durante o lapso temporal entre a consumação do delito e o recebimento da denúncia ou queixa não será mais possível basear o prazo prescricional na pena em concreto. Aduz que com essa desproporcionalidade entre a pena cominada e o prazo prescricional, o princípio da individualização da pena e o grau de culpabilidade do indivíduo que pratica um delito acabam não sendo observados.¹⁴⁸

A respeito do princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal¹⁴⁹, é possível denotar que pugna que o mal concreto do crime deve ser retribuído através do mal concreto da pena, de acordo com a personalidade do criminoso, sendo que no processo individualizador é necessário aplicar o princípio da proporcionalidade.¹⁵⁰

Pierpaolo Cruz Bottini, seguindo essa linha de pensamento, ministra que a não aplicação da prescrição retroativa fere os princípios da culpabilidade, da igualdade e da proporcionalidade, exemplificando a situação da não retroação da pena *in concreto* da seguinte maneira:

[...] Imaginemos que duas pessoas pratiquem o crime de furto, uma delas é primária, e agiu contra vítima adulta, em situação de normalidade institucional, tendo reparado o dano após o início do processo e confessado espontaneamente a prática do delito; outra é reincidente, agiu contra criança durante calamidade pública, não reparou o dano nem confessou a prática do delito.

É evidente aqui a diferença nos graus de culpabilidade e de reprovabilidade da conduta, embora ambos tenham incidido no mesmo tipo penal. A pena concreta será distinta, menor para o primeiro caso, maior para o segundo, nos termos [...]. Da mesma forma, o período para prescrição será distinto após a condenação transitada em julgado para a acusação, pois distinto o desvalor dos comportamentos. Também será diferente o prazo prescricional aplicado entre o recebimento da denúncia e a decisão condenatória, porque esta prescrição retroativa está em vigor.

No entanto, o prazo para prescrição entre a prática do ato e o recebimento da denúncia será idêntico para os dois delitos, pautado pelo máximo da pena em abstrato. Mas não há razão plausível para que o tempo de prescrição contado após o recebimento da denúncia seja diferente daquele contado antes deste fato¹⁵¹

¹⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 878-879.

¹⁴⁹ XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

¹⁵⁰ LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 52-56.

¹⁵¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Novas regras sobre a prescrição retroativa: comentários breves à Lei 12.234/2010**. In Boletim IBCCRIM. São Paulo : IBCCRIM, ano 18, n. 211, p. 06-07, jun., 2010.

No que concerne ao princípio da *duração razoável do processo*, assim como Cezar Roberto Bitencourt, René Ariel Dotti entende que a lei n. 12. 234-2010 fere tal princípio, previsto no inciso LXXVIII, do artigo 5º da Constituição Federal¹⁵².¹⁵³

Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró fazem a seguinte consideração acerca da duração razoável do processo:

A duração do processo deve ser analisada à luz do direito dos demandantes a um processo sem dilações indevidas, ou a um processo no tempo razoável . [...] quando a duração de um processo supera o limite da duração razoável, novamente o Estado se apossa ilegalmente do tempo do particular, de forma dolorosa e irreversível. [...] o processo em si mesmo é uma pena.¹⁵⁴

Nesse sentido, a respeito da passagem do tempo cabe destacar o ensinamento de Ana Messuti que “o tempo, mais que o espaço, é o verdadeiro significante da pena”, ou seja, o próprio decurso do tempo é uma pena em si.¹⁵⁵

Com o advento da Lei n. 12.234 de 2010, o curso do prazo prescricional durante a persecução penal, durante a investigação criminal, não pode mais ser calculado de acordo com a pena concreta cominada pela sentença condenatória, somente poderá ser calculado pela pena em abstrato.

Roberto Delmanto Júnior comunga do entendimento que somente parcela da prescrição retroativa foi extinta e, também, acredita que a lei viola a garantia constitucional de julgamento em prazo razoável.¹⁵⁶

O autor, no artigo “A caminho de um Estado Policialesco”, aduz que:

A verdade nua e crua é que com a Lei n.º 12.234 se deu à Polícia Federal e às polícias estaduais poder para perseguir cidadãos por muito mais tempo do que podem durar as próprias ações penais. Isso porque, para os juízes, continua a existir a prescrição retroativa com base na pena aplicada, demandando deles um mínimo de agilidade nos processos, em prol da cidadania.¹⁵⁷

¹⁵² Art. 5º (...) LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

¹⁵³ DOTTI, René Ariel. **A inconstitucionalidade da Lei n. 12.234/10-III**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI110696,81042-A+inconstitucionalidade+da+lei+1223410+III>> Acesso em: 25. out. 2013.

¹⁵⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009, p. 06

¹⁵⁵ MESSUTI, Ana. **O Tempo como Pena**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 33.

¹⁵⁶ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **A caminho de um estado Policialesco**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,a-caminho-de-um-estado-policialesco,560412,0.htm>> Acesso em: 25. out. 2013.

¹⁵⁷ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **A caminho de um estado Policialesco**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,a-caminho-de-um-estado-policialesco,560412,0.htm>> Acesso em: 25. out. 2013.

Posto isso, analisando sob o ponto de vista da posição de que somente parcela da prescrição retroativa fora eliminada pela Lei n. 12.234 de 2010, afora a violação de princípios constitucionais, torna-se necessário compreender algumas modificações causadas pelo advento da Lei.

Neyfayet Júnior e Fernando Piccoli estabelecem três consequências principais dessa nova lei frente ao instituto da prescrição retroativa.¹⁵⁸

O primeiro ponto a ser debatido é a indefinição que surgiu quanto ao termo inicial da prescrição retroativa, visto que a redação do parágrafo segundo que foi revogado estabelecia o *recebimento* da denúncia ou queixa como termo inicial, enquanto a nova redação dada ao parágrafo primeiro é omissa. Por consequência pode surgir a dúvida se o termo inicial da atual redação seria o *oferecimento* da denuncia ou queixa ou o *recebimento*.¹⁵⁹

Como o inciso I do artigo 117 do Código Penal¹⁶⁰ estabelece o recebimento da denuncia ou da queixa como causa interruptiva da prescrição, é possível inferir que o momento adequado a ser considerado como o termo inicial é o do *recebimento*. Contudo, a nova lei deixou uma lacuna nesse sentido.¹⁶¹

O segundo ponto de destaque é a proibição do parágrafo primeiro à incidência da prescrição retroativa no período anterior ao recebimento da denuncia, que já foi ponderada acima de acordo com o princípio da duração razoável do processo.¹⁶²

Com essa proibição durante a persecução penal, somente poderá incidir a prescrição da pretensão punitiva abstrata. Consequentemente, no caso de um crime de homicídio simples, por exemplo, a fase da persecução penal poderá durar até 20 anos, já que a pena varia de 6 a 20 anos.¹⁶³

Outra questão que surge a partir disso é a impossibilidade da aplicação da prescrição penal antecipada (derivação da prescrição retroativa baseada na pena hipotética), que na

¹⁵⁸ FAYET JÚNIOR, Ney. (org). **Prescrição Penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. v. 3. p. 156.

¹⁵⁹ FAYET JÚNIOR, Ney. (org). **Prescrição Penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. v. 3. P. 156-157.

¹⁶⁰ Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

¹⁶¹ FAYET JÚNIOR, Ney. (org). **Prescrição Penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. v. 3. p. 157.

¹⁶² FAYET JÚNIOR, Ney. (org). **Prescrição Penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. v. 3. p.157-158.

¹⁶³ FAYET JÚNIOR, Ney. (org). **Prescrição Penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. v. 3. p.158.

realidade já não vinha sendo aceita por muitos doutrinadores, sendo que o Superior Tribunal de Justiça¹⁶⁴ já havia sumulado a questão.¹⁶⁵

Para finalizar, o terceiro ponto de relevância é o fato de a Lei 12.234 de 2010 só poder ser aplicada a partir dos delitos praticados após sua entrada em vigor em 6 de maio de 2010, devido a impossibilidade de retroação de lei nova que seja prejudicial ao réu (*novatio legis in pejus*) de acordo com o inciso XL, do artigo 5º, da Constituição Federal¹⁶⁶.¹⁶⁷

Importante salientar que, com a superveniência da Lei, o prazo prescricional estipulado pelo inciso IV do artigo 109 do Código Penal foi aumentado, visto que as penas inferiores a um ano, que antes prescreviam em dois anos, passaram a prescrever em três.

5 CONCLUSÃO

Do estudo elaborado pode-se concluir que, quando a norma penal incriminadora é desrespeitada devido à prática de um ato delituoso, surge para o Estado o poder-dever de punir o indivíduo que praticou tal conduta. Ou seja, com a prática de um crime surge como consequência o fenômeno jurídico da punibilidade. Se, o Estado não exercer seu *jus puniende* em determinado lapso temporal, ocorrerá a extinção da punibilidade.

Assim, para reger esse poder-dever de punir do Estado, para que o indivíduo não ficasse a mercê da vontade estatal e o processo de investigação e julgamento tivesse uma duração razoável, surgiu o instituto da prescrição penal.

Foi possível identificar que o instituto é dividido entre duas espécies: prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória. A primeira espécie tem por princípio regular o lapso temporal no período anterior à sentença condenatória transitada em julgado, enquanto a segunda busca limitar o período que o Estado poderá executar a sanção penal que foi imposta pela sentença.

Acerca dessas espécies restou demonstrado que a prescrição da pretensão punitiva pode ser dividida em três modalidades: a prescrição da pretensão punitiva abstrata, a prescrição da pretensão punitiva intercorrente e, por fim, a prescrição da pretensão punitiva retroativa.

O foco do estudo foi a modalidade retroativa da prescrição da pretensão punitiva e

¹⁶⁴ STJ Súmula 438: É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal.

¹⁶⁵ FAYET JÚNIOR, Ney. (org). **Prescrição Penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. v. 3. p. 159-160.

¹⁶⁶ Art.5º: XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

¹⁶⁷ JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 204.

para tal foi realizado uma análise do instituto da prescrição de maneira geral, perpassando seu histórico, fundamento jurídico e natureza jurídica.

A partir disso, foi analisada cada espécie da prescrição e suas modalidades e então, foi feito o estudo acerca do histórico da prescrição retroativa e de sua aplicabilidade.

Restou demonstrado que a modalidade retroativa da prescrição é aquela que incide durante o período imediatamente anterior à sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação e baseia-se na pena concretizada na sentença, para calcular o prazo prescricional. Verificado que, antes da sentença transcorreu o lapso prescricional, o Estado não poderá mais punir o acusado, devido a extinção da punibilidade.

Noticiou-se também que a prescrição retroativa teve uma evolução marcada por grandes controvérsias acerca da legalidade de sua existência no ordenamento jurídico brasileiro.

Com a superveniência da Lei n. 12.234 de 2010, a prescrição retroativa voltou a ser debatida, visto que a lei causou severas alterações no instituto.

Após a vigência dessa lei observou-se que surgiram duas posições acerca da permanência da modalidade no ordenamento jurídico brasileiro: uma que acredita que a prescrição retroativa foi integralmente eliminada e a outra que defende a posição de somente uma parcela da prescrição ter sido suprimida.

Demonstrou-se que a primeira posição acredita na eliminação total da prescrição retroativa devido, basicamente, à vontade da lei em excluí-la. E, verificou-se que a segunda posição crê que a prescrição retroativa não pode mais ser aplicada no período entre a data da consumação do crime até o recebimento da denúncia (durante o período da persecução penal), no entanto permanece a possibilidade de aplica-la entre o lapso temporal do recebimento da denúncia até a sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, em razão de a lei não ter restringido expressamente essa possibilidade, que antes da superveniência da lei já era permitida.

Ademais, restou evidenciado que a posição que defende a supressão parcial da prescrição retroativa acredita que a Lei n.12.234 de 2010 violou os princípios penais da proporcionalidade, no momento que permitiu a incidência entre um momento e a proibiu em outro, e da duração razoável do processo, visto que não pode mais incidir a prescrição retroativa no período do inquérito policial, só sendo permitida a aplicação da prescrição da pretensão punitiva em abstrato.

Assim, para nosso entendimento encontra-se mais correta a segunda posição. Primeiro, porque a lei, apesar de ter eliminado a prescrição retroativa durante a persecução penal, não

tratou sobre a aplicação entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória, deixando uma lacuna que possibilita tal incidência. E, segundo o instituto da prescrição penal deve proporcionar segurança jurídica, no momento em que é vedada a retroação do prazo prescricional de acordo com a pena em concreto fica permitido que a persecução penal tenha uma duração além da necessária para atingir seus fins, violando princípios constitucionais, como o da duração razoável do processo e da individualização da pena.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Christiano José de. **Da Prescrição em Matéria Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979. 249 p.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 221 p.

BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009. 209 p.

BALTAZAR Antônio Lopes. **Prescrição Penal: prescrição da pretensão punitiva; retroativa; intercorrente; antecipada; da pretensão executória; da pena de multa; das penas restritivas de direito; direito comparado**. 1. ed. Bauru: EDIPRO, 2003. 159 p.

BISSOLI FILHO, Francisco. **A revogação total da prescrição retroativa pela Lei n. 12.234, 5 de maio de 2010, e crítica a esse instituto**. Disponível em: <http://www.mp.sc.gov.br/portal/conteudo/revista_17_web.pdf>. Acesso em: 25. out. 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. 223 p.

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

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O Princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, n. 85, p. 266-296, jul.- ago., 2010.

CLARO, Adriano Ricardo. **Prescrição Penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. 223 p.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito Penal: curso completo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 771 p.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **A caminho de um estado Policialesco**. Disponível em: <[http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,a-caminho-de-um-estado-policialesco,560412,0 .htm](http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,a-caminho-de-um-estado-policialesco,560412,0.htm)> Acesso em: 25. out. 2013.

DOTTI, René Ariel. **A inconstitucionalidade da Lei n. 12.234/10-III**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI110696,81042-A+inconstitucionalidade+da+lei+1223410+III>> Acesso em: 25. out. 2013.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 223 p.

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. *Prescrição retroativa e virtual: não desapareceram completamente*. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 25 out. 2013.

GUARAGNI, Fábio André. **Prescrição Penal e Impunidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2000. 161 p.

JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição Penal Antecipada**. Curitiba: Juruá Editora, 2004. 161 p.

JESUS, Damásio E. de. **Prescrição penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 204 p.

LOZANO JÚNIOR, José Júlio. **Prescrição Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002. 318 p.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003. 327 p.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. 1. ed. Campinas: Millennium, 1999. v. 3. 547 p.

MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. **Prescrição Penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 228 p.

MESSUTI, Ana. **O Tempo como Pena**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. 124 p.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: parte geral, art. 1º a 120 do CP**. São Paulo: Atlas, 2008. v. 1. 483 p.

NAVES, Nílson Vital. **O Supremo Tribunal Federal e o princípio da prescrição pela pena em concreto**. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/revistas/wcx250.pdf>>. Acesso em: 25. out. 2013.

NORONHA, Eduardo Magalhães. **Direito Penal: introdução e parte geral**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. 387 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. 1152 p.

PALOTTI JÚNIOR, Osvaldo. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 105. 114 p.

PORTO, Antônio Rodrigues. **Da Prescrição Penal**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977. 344 p.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal: jurisprudência; conexões lógicas com vários ramos do direito.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 1069 p.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal: parte geral.** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. v. 1. 343 p.

ROCHA, Fernando Antônio N. Galvão da. **Direito Penal: curso completo: parte geral.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 951 p.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Da Prescrição Penal: de acordo com as Leis n°s 9.268/96 e 9.271/96: doutrina, prática, jurisprudência.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 226 p.

TRIPPO, Maria Regina. **Imprescritibilidade Penal.** 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. 154 p.