

INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO

RODRIGO LEAL ALMEIDA

PRESCRIÇÃO RETROATIVA E A LEI 12.234 DE 2010

SÃO MATEUS
2019

RODRIGO LEAL ALMEIDA

PRESCRIÇÃO RETROATIVA E A LEI 12.234 DE 2010

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Carlos Manoel Batista

SÃO MATEUS

2019

RODRIGO LEAL ALMEIDA

PRESCRIÇÃO RETROATIVA E A LEI 12.234 DE 2010

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel Direito.

Aprovado em _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

**PROF. NOME COMPLETO
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
ORIENTADOR**

**PROF. NOME COMPLETO
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

**PROF. NOME COMPLETO
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

SÃO MATEUS

2019

À minha família, razão de minha existência.
A Deus.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Me. Carlos Manoel Batista, pela competência e respeito com que conduziu este processo, do alvorecer da ideia até a sua síntese.

Às Professoras. Rosana Júlia Binda e Roberto Fanti de Resende pelas valiosas contribuições no Exame de Qualificação.

Aos meus primos, queridos, que acompanharam a minha trajetória desde muito: Emilio, Roberto e meus irmãos amados, Marcinho e Gabriel.

À Faculdade Vale do Cricaré pelo apoio na realização desta pesquisa.

Feliz aquele que transfere o que sabe e
aprende o que ensina.

Cora Coralina

RESUMO

A prescrição, na seara penal, diz respeito ao dever estatal de punir o transgressor da norma penal, dado o decurso de determinado tempo, uma vez que o dever de punir deve ser exercido dentro do prazo legalmente estabelecido. Simplificando, pode-se entender a prescrição de forma que: o Estado possui um prazo para, por exemplo, investigar, processar, condenar e executar, penalmente, alguém. Caso decorra esse tempo e não consiga concluir uma dessas fases, extinta estará a pretensão do Estado de punir o indivíduo transgressor. É o que chamamos de prescrição da pretensão punitiva (antes da sentença) e prescrição da pretensão executória (depois da sentença).

Utilizando-se de uma bibliografia ampla e rica, far-se-á um apanhado histórico do instituto da prescrição penal no Brasil, assim como também da prescrição retroativa, e, ao final, descrever-se-á as alterações da prescrição penal retroativa com o advento da Lei Nº 12.234/2010.

Palavras-chave: Prescrição Penal; Prescrição Retroativa; Penalidade.

ABSTRACT

A prescription, in the criminal area, concerns the state duty to punish or violate the criminal norm, given or course of time, since the duty to punish must be exercised within the legally established period. Simply put, one can understand a prescription so that: the state has a deadline to, for example, investigate, prosecute, convict and criminally execute someone. If this time elapses and fails to complete one of these phases, remain on the pretense of the state of punishment or individual transgressor. This is what is called the prescription of the punitive claim (before the sentence) and the prescription of the executive claim (after the sentence).

Using a comprehensive and rich bibliography, a historical background of the Institute of Penal Prescription in Brazil, as well as in Retroactive Prescription, and, in the end, describe itself as Changes in Retroactive Penal Prescription with the advent of Law No. 12.234 / 2010.

Keywords: Criminal Prescription; Retroactive Prescription; Penalty.

SUMÁRIO

| | |
|---|-------|
| INTRODUÇÃO..... | |
| 1 PRESCRIÇÃO PENAL..... | |
| 1.1 Conceito..... | |
| 1.2 Evolução histórica..... | |
| 1.3 Fundamento..... | |
| 1.4 Natureza Jurídica..... | |
| 1.5 Espécies de Prescrição..... | |
| 1.6 Imprescritibilidade..... | |
| 2 PRESCRIÇÃO RETROATIVA..... | |
| 2.1 Conceito..... | |
| 2.2 Origem e evolução do instituto..... | |
| 2.3 Fundamento..... | |
| 2.4 Natureza Jurídica..... | |
| 3 DAS ALTERAÇÕES DA PRESCRIÇÃO PENAL RETROATIVA COM O ADVENTO DA LEI Nº 12.234 DE 2010..... | |
| 3.1 Lei nº 12.234 de 2010..... | |
| 3.2 Posições doutrinárias frente às alterações introduzidas pela Lei nº 12.234 de 2010 e a violação a princípios constitucionais penais..... | |
| 3.2.1 Supressão total da prescrição retroativa..... | |
| 3.2.2 Supressão parcial da prescrição retroativa..... | |
| 4 CONCLUSÃO..... | |
| 5 REFERÊNCIAS..... | |

INTRODUÇÃO

A discussão sobre a efetividade da justiça criminal e o combate à impunidade por parte do Estado tem catalisado os operadores do Direito e inflado a opinião pública em geral, dando margem a propostas dos mais variados tipos, muitas delas controversas quanto ao seu conteúdo e sua constitucionalidade.

Tarefa árdua é abordar, de maneira sincrética, questão complexa como o da prescrição penal e suas nuances no âmbito do direito brasileiro.

No intuito de possibilitar sua compreensão até mesmo por um leigo, tentaremos simplificar essa abordagem, assumindo dolosamente os riscos a tanto inerentes.

Prescrição significa a perda do poder de punir do Estado pelo decurso do tempo. Cometido um crime, o Ministério Público, nos crimes de ação penal pública, deve deduzir a pretensão acusatória em juízo a fim de que o Judiciário, observadas todas as garantias constitucionais, possa julgá-la, absolvendo ou condenando o réu.

O Estado tem um prazo para impor a pena (prescrição da pretensão punitiva) e um prazo para executá-la após o trânsito em julgado da condenação (prescrição da pretensão executória), sob pena de perder o poder de punir.

Assim, faz-se necessária a discussão acerca de não somente sua história, mas também sobre a validade e efetividade da prescrição do poder estatal de punição do indivíduo.

Também chamada de prescrição antecipada, em perspectiva, ou pela pena ideal, não é propriamente uma causa extintiva da punibilidade, mas uma hipótese de eliminação do interesse de agir no processo penal, diante da constatação da possibilidade de decretação da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa, logo no início do processo, antes mesmo do recebimento da denúncia, ou de proferida a sentença, levando em consideração uma pena hipotética aferida pelas circunstâncias apuradas até aquele momento.

O reconhecimento da prescrição retroativa de modo antecipado, ao que denominou-se prescrição antecipada, é criação jurisprudencial recente que tornou-se motivo de

enormes divergências perante a doutrina e jurisprudência, apresentando-se como um grande tema a ser enfrentado, verdadeira celeuma jurídica onde colidem institutos e princípios de características distintas, envolvendo razões plausíveis e contraditórias, perfilhando defensores em várias correntes e sob os mais diversos argumentos.

A par dos fundamentos que justificam o instituto da prescrição, a modalidade antecipada encontra seu maior fundamento na questão das condições da ação, no uso da analogia civilista, o que é amparado nos termos do art. 3º, do Código de Processo Penal, depreendendo-se que se antevista a inevitável ocorrência da prescrição retroativa faltaria ao Estado o interesse de agir.

Para alcançar-se a compreensão desta inovação jurisprudencial será empreendida a constatação dos fundamentos da prescrição, suas peculiaridades, suas modalidades no direito nacional, com especial ênfase à prescrição retroativa, da qual a antecipada surge como variante, e pelo fato de que tal qual a modalidade em análise, esta também trata-se de inovação trazida pelo direito brasileiro, igualmente decorrente de interpretações proferidas na aplicação do Direito.

Para atingir os objetivos da pesquisa será aplicada a consulta de posicionamentos e ensinamentos doutrinários relativos a prescrição penal, onde inicialmente estuda-se o surgimento da prescrição penal e sua evolução no direito pátrio, com uma rápida constatação dos ensinamentos relativos as modalidades de prescrição penal, que serão desenvolvidos nos dois primeiros Capítulos, utilizando-se o método descritivo e a pesquisa bibliográfica.

No terceiro momento, tratar-se-á das alterações da prescrição penal retroativa com o advento da lei nº 12.234 de 2010, bem como seus posicionamentos doutrinários e as discussões acerca do tema e sua aplicabilidade.

1 PRESCRIÇÃO PENAL

1.1 Conceito

Prescrição deriva do latim *praescriptio*, que tem origem no verbo *praescribere*, cujo significado é o ato de escrever antes ou no começo. A utilização da expressão surgiu no Direito Romano com o emprego da *praescriptio* na fórmula elaborada pelo pretor romano, que estabelecia uma limitação de tempo para a propositura da ação, prazo esse que, se não observado, levava à absolvição do acusado.

Mara Regina Trippo explica essa passagem história, relatando que:

“A etimologia do termo explica-se pelo formulário, que foi o regime processual do Direito Romano, no qual o pretor direcionava o julgamento por meio de fórmula, composta por quatro partes: demonstrativo (enunciação dos fatos não contestados); intentio (indicação da pretensão do autor e a contestação do réu); condemnatio (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). Graças à lei Aebutia, os pretores foram investidos no poder de criar novas ações. Ao fazê-lo, fixavam prazo para a duração do processo, o que ensejou as ações chamadas temporárias. Se essas não fossem propostas no prazo, o pretor, antes da demonstratio, escrevia uma introdução (preliminar), na qual advertia o juiz que, sem examinar o mérito, deveria absolver o réu. A essa parte introdutória, porque se apresentava antes da fórmula, se chamou praescriptio (prae-scripto).

Após, a expressão deixou de ter significação meramente formal e ganhou conteúdo material” (Imprescritibilidade Penal. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2004, p. 29).

Inspirada nas fórmulas romanas é que surge a prescrição. Seu significado, porém, evoluiu, passando a ter outra conotação. Contemporaneamente, prescrição penal pode ser definida como a perda do direito de punir, decorrente do decurso do tempo.

O Estado, como ente dotado de soberania, detém, exclusivamente os direitos de punir (*jus puniendi*), e o de executar (*jus punitivis*), pelo decurso de determinado lapso temporal previsto em Lei. Como leciona Anibal Bruno, “*nem a razão, nem a humanidade, nem mesmo o interesse social tornariam admissível deixar pesar sobre o criminoso indefinidamente a ameaça do processo ou da execução da pena.*”

Conforme Fernando Capez a prescrição penal é:

“[...] perda do poder-dever de punir do estado em virtude do não exercício da pretensão punitiva (interesse em aplicar a pena) ou da pretensão executória (interesse de executá-la) durante o tempo determinado.”

Nesse seguimento, as pretensões punitivas e executórias 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.

Assim, pode-se definir prescrição como “*a perda do direito de punir do Estado, pelo decurso de tempo, em razão do seu não exercício, dentro do prazo previamente fixado*”.

1.2 Evolução Histórica

Têm-se notícia que o texto de lei mais antigo acerca do instituto jurídico prescrição penal surgiu no direito romano através da *Lex Julia de Adulteriis* no século XVIII a.C., “com o objetivo de que os processos penais não se dilatassem excessivamente nos seus prazos (MANZINI, Vincenzo)”. Esta lei se referia ao crime de adultério, traçando o prazo prescricional de cinco anos em virtude de aspectos religiosos que em determinada época o acusado deveria estar imaculado.

“A escolha do prazo quinquenal, segundo relatam os historiadores, ocorreu em decorrência das festas lustrais comemoradas a cada cinco anos. Fulcrada na idéia de perdão e da purificação do homem, a festa lustral impedia a punição do delinqüente, visto que purgado pelo tempo. O tempo, segundo os romanos, não só isentava os indivíduos, ou as cidades, lavando-lhes as culpas religiosas, por meio das festas lustrais, mas também bastava para a expiação do criminoso” (FERRARI, Eduardo Reale).

A prescrição penal passou-se, então, a se estender no tempo, integrando vários ordenamentos jurídicos, ou seja, o presente instituto se eternizou após a sua criação pelo Direito Romano, como vários outros institutos jurídicos que se originaram deste clássico sistema. “O desenvolvimento do instituto da prescrição processou-se lentamente, através dos séculos, sendo admitido no direito germânico e de outros povos (PORTO, Antonio Rodrigues)”.

No entanto, havia no direito romano alguns crimes que ficavam intangíveis aos prazos prescricionais, visto serem delitos que à época eram considerados horrendos, de grande reprovação da sociedade, v.g., parricídio, lesa-majestade, moeda falsa. Destarte, eram crimes não sujeitos à prescrição penal, isto é, imprescritíveis.

O célebre jurista Cesare Beccaria era contra a prescrição no que tange a certos delitos, conforme segue:

“Quando se trata de crimes horrendos, cuja lembrança perdura por muito tempo na memória dos homens, se os mesmos forem provados, não deve ocorrer qualquer prescrição em favor do culpado que se subtrai ao castigo pela fuga. Tal não é, contudo, o caso dos crimes ignorados e pouco importantes: é necessário determinar um prazo após o qual o criminoso,

bastante punido pelo exílio voluntário, possa retornar sem temer novos castigos (BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas)."

Ademais, o referido instituto, no decorrer do tempo, modificou-se, inovando com relação às modalidades de prescrição penal, pois no período de sua criação, a legislação de antanho se referenciava, tão-somente, ao que se conhece hodiernamente como prescrição em abstrato, logo, não subsistia a denominada prescrição em concreto. Esta erige através do Código Penal Francês de 1791. *"A Revolução Francesa parece ter favorecido êsse acontecimento. Outros países, em seguida, adotaram essa outra espécie de prescrição (PORTO, Antonio Rodrigues)"*.

Cabe salientar que a prescrição quase foi abolida do sistema jurídico penal da Idade Média, tendo em vista que neste período se reduziram drasticamente os prazos prescricionais, fazendo com que muitos acusados ficassem impunes em razão do decurso do lapso prescricional que era diminuto. Em decorrência disso, emergiram várias vozes contra o supramencionado instituto, pois se revelou de modo negativo em virtude da constante impunidade que acobertavam os acusados, exortando-os a reiterarem a prática de atos ilícitos.

Com efeito, os jurisconsultos da época ampliaram os prazos prescricionais, mas de maneira errônea, visto que o albergaram, indiscriminadamente, de modo fixo, não subsistindo proporcionalidade entre os delitos. *"A legislação Toscana nos idos de 1562-1563 é a maior prova da desproporcionalidade entre os prazos prescricionais e as condutas delituosas (FERRARI, Eduardo Reale)"*.

Já com passar dos anos, a prescrição penal adquiriu novas concepções, diminuindo gradativamente o prazo prescricional, desde que também o acusado, durante aquele período, demonstrasse bom comportamento, ou seja, se estava ressocializado, apto para conviver em sociedade; semelhante, ao que temos atualmente, aos institutos jurídicos do livramento condicional e do *sursis*.

No entanto, mesmo nos códigos penais mais modernos, *v.g.*, a legislação inglesa, o instituto da prescrição penal foram veementemente repelidos, pois entendiam que o *ius puniendi* do Estado não era em prol da sociedade, e sim, em prol do rei.

“A máxima dominante de que nullum tempus occurrit regi, corolário do princípio de que as acusações criminais são intentadas em nome do rei, para quem não corre o tempo, permitiu processos muitos anos depois de cometido o crime(CARVALHO FILHO, Aloysio de)”.

No Brasil, a prescrição penal só adquiriu corpo no ordenamento jurídico pátrio através do Código Criminal do Império do Brasil no ano de 1830, especificamente, em seu artigo 65, *“As penas impostas aos réus não prescreverão em tempo algum (PIERANGELI, José Henrique)”.*

Vale ressaltar que até a supracitada data não existia na legislação pátria o instituto jurídico ora em estudo, de modo que se passaram as regras indígenas, as Ordenações do Reino, Afonsinas, Manuelinas, Filipinas e o Direito do Brasil-Holandês.

Em relação aos povos indígenas existiam normas entre eles, isto é, pode-se falar, sem sombra de dúvidas, que o Direito Consuetudinário Indígena regravava a vida dos índios, logo, entre eles subsistiram algumas noções de Direito. *“O direito, como um todo, e também o direito penal, era encontrável na consciência dos índios, e que, forjado nos costumes e tradições, era sempre religiosamente respeitado (PIERANGELI, José Henrique).”*

Em que pese este direito ainda ser rústico, pois os índios, pertencentes de uma sociedade ainda primitiva, exerciam o *ius puniendi* em razão da vingança privada, onde o ofendido ou membros de sua família reagiam imediatamente contra a ofensa promovida pelo ofensor, ou seja, atributo este que persistira em período remoto, anterior a Lei de Talião. *“A primeira limitação ao exercício da vingança privada deveu-se à fixação diferente de graus de mal, isto é, de castigo, permitindo retribuir ao ofensor o dano sofrido. Esta possibilidade era prevista na Lei de Talião... (MACHADO, Fábio Guedes de Paula)”.*

Destarte, o instituto da prescrição penal era totalmente desconhecido pelos índios, uma vez que não havia controle estatal. Em consonância com as pesquisas realizadas pelos nossos historiadores:

“Uma importante particularidade do direito costumeiro dos nossos índios era o total desconhecimento do instituto da prescrição. Os nossos historiadores,

no geral, apontam que a vingança não era esquecida, ou seja, não esqueciam os nossos indígenas dos delitos praticados e nem das penas que deviam ser impostas (PIERANGELI, José Henrique).”

Já nas Ordenações, que permearam no ordenamento jurídico brasileiro por várias décadas, permaneceu ausente o instituto da prescrição penal. Até porque, não vigia a época o princípio da legalidade, ou seja, perseverou a figura do tirano, existindo assim as penas arbitrárias. Como bem salientado,

“Nas Ordenações não vigia o que hoje denominamos de princípio da legalidade: nullum crimen nulla poena sine lege. Por tal razão, compreende-se que para alguns delitos fosse cominada a chamada pena crime arbitrária, exatamente aquela que ficava ao talante do julgador, que a fixava como “lhe bem, e direito parecer, segundo a qualidade da malícia, e a prova que dela houver” (Livro V, Tit. CXVIII, parágrafo 1º – Ordenações Filipinas).”

A regulamentação da prescrição penal ocorreu com o Código de Processo Criminal de 1832, variando de um a dez anos, conforme a natureza do crime e/ou se o acusado estava ausente ou presente no lugar em que se tramitava o processo.

“Os prazos de um e três anos eram aplicáveis aos crimes e contravenções de julgamento definitivo dos juízes de paz, sendo o de um ano para os presentes e o de três para os ausentes, em lugar sabido. Para os delitos afiançáveis, o prazo era de seis anos, quando o delinquente estava presente, sem interrupção no termo da culpa. Para os mesmos crimes quando o agente estivesse ausente, em lugar conhecido, dentro do Império, o prazo passaria para dez anos, também de dez anos era o prazo prescricional para os delitos inafiançáveis, quando o delinquente estivesse no lugar da culpa (ANDRADE, Cristiano José de. Arts. 54,55 e 56).”

Quanto à prescrição em concreto ela só tomou corpo, no ordenamento jurídico brasileiro, com o Decreto n.º 774, de 20 de setembro de 1890. Este diploma legal abarcou várias benesses aos acusados, ou seja, era de cunho extremamente liberal para época, conforme lição do Profº. Aloysio de Carvalho Filho:

“Esse dec. n.º 774, como se sabe, é notável diploma liberal: abolia a pena de galés, reduzia ao máximo de 30 anos as penas perpétuas, mandava computar, na execução da pena, o tempo da prisão preventiva. A prescrição

das penas, desconhecida, até então, no nosso direito, é uma das mostras do seu sentido liberal.”

Como foi dito anteriormente, sempre se mantiveram em discussão a imprescritibilidade de alguns crimes. No direito romano, não estavam sujeitos a prescrição os crimes de apostasia (abandono de religião), parto suposto e parricídio. Beccaria foi uma das vozes da idade média a levantar a imprescritibilidade acerca dos delitos considerados horrendos.

Já no Brasil não foi diferente, pois no Código Penal de 1890, através da lei n.º 515, de 3 de novembro de 1898, estipulou que certos delitos eram imprescritíveis.

“à não-prescrição do crime de moeda falsa, quando o réu domiciliado ou homiziado no estrangeiro, princípio que o dec. n.º 4.780, de 27 de dezembro de 1923, repetiria no art. 53, e o dec. n.º 4.811, de 29 de setembro de 1924, estenderia, pelo art. 3.º, aos crimes políticos definidos nos arts. 107 a 118 do Código.”

Hodiernamente, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu artigo 5º, incisos XLII e XLIV, a imprescritibilidade dos crimes de racismo e de ação de grupos armados contra a ordem constitucional e ao Estado Democrático. Isso porque, o legislador constituinte considerou que tais delitos afetam os institutos basilares da Carta Magna, merecendo assim reprovação social a qualquer tempo.

1.3 Fundamento

A prescrição face à Legislação Penal tem como fundamentos o decurso do tempo, o desinteresse estatal em apurar fato ocorrido há anos ou punir o seu autor; a correção do condenado, decorrente do lapso temporal sem reiteração criminosa; e a negligência da autoridade, como castigo à sua inércia no exercício de sua função.

Diversas teorias foram criadas ao longo do tempo a fim de explicar o instituto da prescrição, mas nos deteremos à análise de apenas algumas delas.

A teoria do esquecimento baseia-se no fato de que, a sociedade, com o passar do tempo, que depende de acordo com o grau de reprovabilidade do delito, se esquece do crime. Assim, diante do esquecimento da infração penal, não há mais motivo para a sua punição, pois não existe mais o temor causado por sua prática e não proporcionará intimidação coletiva.

De acordo com a **teoria da expiação moral**, presume-se, com o transcurso do tempo, que o culpado já sofreu tanto por suas angústias e remorso que isso, por si só, já caracteriza a sua punição. Desta maneira, a aplicação da sanção prevista na lei penal seria uma segunda expiação, se tornado, assim, desnecessária.

Já a **teoria da dispersão da prova** baseia-se no argumento de que o longo período temporal transcorrido, desde o fato criminoso, faz com que a substância probatória enfraqueça. Bem explica Francisco Afonso Jawsnicker, pois uma vez *“incerta a apuração dos fatos, torna-se precária a defesa do acusado e desaparece a possibilidade de uma sentença justa (BENEDETTI, Carla Rahal)”*. Fatalmente, ocorreriam grandes erros judiciais.

A **teoria da emenda** sustenta a desnecessidade de pena, presumindo que o criminoso, devido ao transcorrer do tempo, se redimiou e o tempo interferiu em seu foro íntimo e comportamento. Carla Rahal Benedetti, brilhantemente, aduz: *“a inexistência de novas condutas ilícitas, praticadas pelo acusado durante a persecução criminal, seria a demonstração da redenção e ressocialização do infrator à sociedade, sendo, pois, dispensável a pena (BENEDETTI, Carla Rahal)”*.

Por conseguinte, a **teoria psicológica** defende que o tempo transforma a formação psíquica do culpado, pois rompe o nexos psicológico entre o fato e o agente. Esta teoria encontra raízes na Criminologia Sociológica de Gabriel Tarde, que entende ser outra pessoa que sofrerá a pena, não o infrator, em decorrência do tempo percorrido. Por isso, a punição não mais se mostra necessária, tendo em vista que o crime não estará mais presente no réu e nem na sociedade, podendo a sua aplicação não gerar efeito algum.

1.4 Natureza Jurídica

Superada a análise conceitual do instituto, mister se faz uma abordagem sobre a sua natureza jurídica.

Uma corrente defende que a prescrição tem natureza processual, afirmando que prazos e ação são matérias atinentes ao processo. Outros a compreendem como tema de direito material, pois envolve a perda de um direito, qual seja, o *ius puniendi*, que atinge apenas reflexamente a ação penal.

Franz von Liszt filia-se à segunda linha de pensamento, *verbis*:

“Sob uma e outra forma a prescrição é circunstancia extintiva de pena. Não só impede o processo, senão também extingue o direito de punir. Como prescrição do direito, e não como mera prescrição da ação, ella pertence por sua matéria e natureza, não ao direito processual, e sim ao direito material.” (Tratado de Direito Penal Alemão, p. 476-477).

Por fim, existe a corrente mista, também chamada de eclética ou unitária, que acredita ter a prescrição natureza jurídica híbrida, ou seja, pertencer tanto ao ramo processual quanto ao material, na medida em que gera consequências nas duas esferas do Direito.

Essa é a visão de Heleno Cláudio Fragoso, para quem:

“Dominante é a teoria mista, que admite, ao mesmo tempo, o carácter material e processual. A prescrição representa, por um lado, a perda do interesse da perseguição e no castigo, porque, com o decurso do tempo, desaparecem as razões que justificam a pena. Por outro lado, a prescrição constitui impedimento processual. Em boa verdade, o aspecto processual da prescrição é o mais nítido, sobretudo quando se trata da prescrição da pretensão punitiva. Parece claro que neste último caso desaparece o direito do Estado à persecução: a prescrição constitui um pressuposto negativo, implicando a extinção do processo sem decisão de mérito. Ocorrendo a prescrição antes da sentença, não se julga a ação improcedente. O juiz declara extinta a punibilidade e põe fim ao processo.” (Lições de Direito Penal: Parte Geral. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 516).

O pensamento de Heleno Cláudio Fragoso é merecedor de respeito,mas, nos dias atuais, prevalece o entendimento de que a prescrição é matéria de Direito Penal, pois, como dito alhures, é causa de extinção do próprio direito de punir do Estado.

Nesse sentido, Antonio Rodrigues Porto observa que:

“A prescrição penal pertence ao direito material ou substantivo, e não ao direito formal ou adjetivo, embora algumas de suas consequências imediatas (sobre a ação penal e a condenação) pertençam ao direito processual. Essa é a orientação dominante, alguns autores, entre os quais Lourié, têm entendido que a prescrição penal pertence ao direito processual. Outros lhe atribuem caráter misto, como Adolphe Prins, que considerava a prescrição da ação como sendo de processo penal e a prescrição da pena como pertencente ao direito substantivo. Por ser assunto de direito material, é que os Códigos penais, e não os de Processo, disciplinam os casos de prescrição, prazos, interrupção, suspensão, etc. (Da Prescrição Penal, p. 21).”

Prosseguindo com a natureza jurídica do instituto, nos termos do art. 107 do Código Penal, a prescrição penal consiste em uma das causas de extinção da punibilidade, podendo ser dividida em:

Prescrição da pretensão punitiva: dá-se no processo de conhecimento penal, ocorrendo pelo escoamento do prazo antes do trânsito em julgado da sentença.

O prazo da prescrição da pretensão punitiva será estabelecido pela quantidade da pena *in abstracto*, sendo esta o máximo de pena aplicável para o tipo penal, haja vista que a sentença não poderá condenar à pena superior ao máximo legal.

Prescrição da pretensão executória: dá-se no processo de execução penal, ocorrendo pelo fim do prazo antes de iniciar o cumprimento da pena.

O prazo da prescrição da pretensão executória será estabelecido pela quantidade da pena *in concreto*, ou seja, a quantidade de pena aplicada e já transitada em julgado.

Para ambos os casos, deverá ser consultado o prazo prescricional estabelecido no art. 109 do Código Penal.

Vê-se:

“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:

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

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

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

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

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

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

Dito isso, quanto ao início da contagem do prazo prescricional, temos que o termo inicial da prescrição da pretensão punitiva será no (art. 111 do CP):

1. Crime consumado: o dia da consumação.
2. Crime tentado: o cessar da atividade criminosa.
3. Crime permanente: o cessar da permanência.
4. Crime contra a dignidade sexual de menor de idade: o completar da maioridade da vítima.

Já o termo inicial da prescrição da pretensão executória (art. 112 do CP) será o dia do trânsito em julgado, para o Ministério Público, da sentença condenatória.

Vale ressaltar que a prescrição da pretensão punitiva, no concurso de crimes material, dar-se-á individualmente para cada crime.

Enquanto o prazo da prescrição da pretensão executória aumentará em um terço, se o condenado for reincidente.

Ademais, vale mencionar que ocorrerá a redução dos prazos da pretensão executória à metade, se (art. 115, CP): **i.** na data do crime, o autor for menor de 21 anos; **ii.** na data da sentença, o autor for maior de 70 anos.

Por fim, são causas de interrupção da prescrição penal (art. 117, CP):

1. O recebimento da denúncia ou da queixa;
2. A pronúncia, ou seja: decisão declaratória de admissibilidade de julgamento pelo Tribunal do Júri;
3. A publicação da sentença e acórdão recorríveis;
4. Pelo início ou continuação de cumprimento da pena.
5. A reincidência.

1.5 Espécies de prescrição

A prescrição pode ser dividida em duas espécies: a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória. A primeira se dá antes do trânsito em julgado da sentença criminal. Já a segunda, após o referido trânsito.

Cezar Roberto Bittencourt ensina que essa classificação decorre da distinção entre *ius puniendi* e *ius punitiois*: “com o trânsito em julgado da decisão condenatória, o *ius puniendi* transforma-se em *ius punitiois*, isto é, a pretensão punitiva converte-se em pretensão executória (BITENCOURT, Cezar Roberto)”.

1.5.1 Prescrição da pretensão punitiva

Como já exposto, só poderá ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença penal e tem como principal consequência a eliminação de todos os efeitos do crime, como se ele não tivesse existido.

Segundo preceitua o artigo 111 do Código Penal, o prazo da prescrição da pretensão punitiva começa a fluir no dia: (i) da consumação do crime; (ii) da cessação da tentativa; (iii) da cessação de permanência nos crimes de duração; (iv) do conhecimento do fato nos crimes de bigamia, de falsificação ou de adulteração no registro civil (leia-se: a data em que a autoridade pública tomou conhecimento do fato); (v) em que a vítima completar 18 (dezoito) anos nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.

Por sua vez, a prescrição da pretensão punitiva se subdivide em: abstrata, superveniente ou intercorrente e retroativa.

1.5.1.1 Prescrição da pretensão punitiva abstrata

Recebe este nome porque o seu prazo regula-se pela pena em abstrato, ou seja, pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada no tipo legal, de acordo com a tabela do artigo 109 do Código Penal.

Este tipo de prescrição só pode ocorrer entre a data da consumação do crime e o recebimento da denúncia ou da queixa, ou a partir desse momento até a sentença.

Por exemplo: se o crime é o de furto simples (artigo 155, *caput*, do Código Penal), apenado com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, tem-se que o máximo de pena cominado à infração é de 4 (quatro) anos. Agora, ao verificar, no artigo 109, do mesmo diploma, o prazo prescricional correspondente, nota-se, no inciso IV que o crime prescreverá, de acordo com este tipo de prescrição em 8 (oito) anos.

Assim, ainda em referência ao exemplo supracitado, se ao momento do oferecimento da denúncia, já tiver transcorrido o prazo de 8 (oito) anos a contar da data do fato, o crime já estará prescrito, devendo o Ministério Público requerer o arquivamento dos autos, com base na extinção de punibilidade. Se não o fizer, pode o juiz conhecer *ex officio* a prescrição ou ela pode ser alegada em resposta à acusação.

Também estará prescrito o crime, no caso em tela, se já tiverem decorrido os 8 (oito) anos entre o recebimento da denúncia e a sentença.

1.5.1.2 Prescrição da pretensão punitiva superveniente (intercorrente)

Diferentemente da prescrição da pretensão punitiva abstrata, a intercorrente leva em conta para o cálculo do prazo prescricional a pena aplicada *in concreto*. O marco inicial dessa contagem se dá com a publicação da sentença condenatória recorrível e termina com o trânsito em julgado definitivo.

Insta salientar que é requisito que a sentença transite em julgado apenas para acusação e não também para a defesa, ou, ainda, depois de provido o recurso da acusação (BENEDETTI, Carla Rahal).

Jawsnicker explana de maneira muito clara a situação retro mencionada:

“[...] se apenas a defesa interpôs recurso contra a sentença condenatória, segue-se que a pena não poderá ser majorada, por força do princípio que veda a reformatio in pejus. Logo, a pena aplicada define o prazo prescricional. O que se deve verificar, nessa hipótese de prescrição superveniente, é se, entre a data da sentença condenatória e o julgamento do recurso da defesa, ocorreu a prescrição, cujo prazo é calculado pelo enquadramento da pena [em concreto] em um dos incisos do art. 109 do Código Penal (JAWSNICKER, Francisco Afonso).”

Quanto ao improvimento do recurso da acusação, entre a data da sentença e o julgamento do tribunal que não prover o recurso, não poderá ultrapassar o prazo prescricional calculado de acordo com a pena aplicada na sentença ao agente.

Caso o recurso da acusação seja provido, ainda assim é possível entender que ocorra a prescrição da pretensão punitiva intercorrente se a decisão não elevar a pena ao passo de modificar o prazo prescricional. Exemplifica-se: o réu é condenado à pena de 3 (três) meses de detenção; acusação e defesa recorrem da decisão; passados 4 (quatro) anos, o tribunal acolhe o pedido da acusação e eleva a pena a 10 (dez) meses. Tanto a primeira pena, quanto a segunda, são inferiores a 1 (um) ano, assim, estão inseridas no mesmo inciso do artigo 109 do Código Penal, o VI, que estipula o prazo prescricional em 3 (três) anos. Desta maneira, tendo em vista que o tribunal decidiu os recursos passados 4 (quatro) anos da data da sentença, conclui-se que está extinta a punibilidade, em decorrência da prescrição superveniente.

1.5.1.3 Prescrição da pretensão punitiva retroativa

Bem como a intercorrente, é calculada pela pena em concreto, obtida na sentença penal, e é necessário o trânsito em julgado para a acusação ou o não provimento de seu recurso.

Ainda que se verifiquem muitas semelhanças entre esses dois institutos, a grande diferença se encontra no fato de que ao passo que a intercorrente é calculada a partir da sentença, ou seja, para os períodos posteriores, a retroativa se volta ao passado, aos momentos anteriores à sentença.

Este tipo de prescrição da pretensão punitiva é criação da jurisprudência nacional, uma vez que não está expressa no texto legal.

Antes da reforma no Código Penal trazida pela Lei 12.234/2009, a prescrição retroativa tinha como termo inicial, ainda que somente reconhecida após o trânsito em julgado da sentença para a acusação, data anterior ao recebimento da denúncia ou queixa (artigo 110, § 2º, CP), ou seja, a data da consumação do crime.

No entanto, com o advento da supracitada lei, o § 2º foi revogado e o primeiro alterado a fim de não mais poder a prescrição retroativa alcançar a data do fato.

Atualmente, a prescrição retroativa possui apenas um lapso prescricional, que é entre a data da sentença e o recebimento da denúncia ou queixa. Obviamente que excetuados os casos de crimes julgados pelo Tribunal do Júri, os crimes dolosos contra a vida, que em seu procedimento contam com mais dois marcos interruptivos: a pronúncia e a decisão confirmatória da pronúncia.

A alteração trazida pela Lei 12.234/2010 foi muito criticada pela doutrina penalista. Bitencourt reserva parte de seu capítulo sobre prescrição, em sua obra *“Tratado de Direito Penal – parte geral 1”*, para discorrer sobre a inconstitucionalidade da supressão da citada parcela da prescrição retroativa, bem como entende que ela viola os princípios da proporcionalidade e da duração razoável do processo.

1.5.2 Prescrição da pretensão executória

A pretensão executória se dá a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e pela pena *in concreto*. A sua ocorrência gera a perda do Estado de executar a pena imposta ao condenado, diante do transcorrer do prazo prescricional estipulado.

Ainda que o condenado fique livre do cumprimento da pena, a prescrição da pretensão executória não afasta os efeitos secundários da sentença condenatória, como, por exemplo, a reincidência.

Com base no artigo 112 do Código Penal, o prazo começa a ser contado do dia em que: (i) transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação; (ii) se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena; (iii) transita em julgado a decisão que revoga a suspensão condicional da pena (*sursis*) ou o livramento condicional.

Cezar Roberto Bitencourt faz uma ressalva de grande valia quanto ao disposto no item (i):

“O prazo começa a correr do dia em que transitar em julgado a sentença condenatória para a acusação, mas o pressuposto básico para essa espécie

de prescrição é o trânsito em julgado para acusação e defesa, pois, enquanto não transitar em julgado para a defesa, a prescrição poderá ser a intercorrente. Nesses termos, percebe-se, podem correr paralelamente dois prazos prescricionais: o da intercorrente, enquanto não transitar definitivamente em julgado; e o da executória, enquanto não for iniciado o cumprimento da condenação, pois ambos iniciam na mesma data, qual seja, o trânsito em julgado para a acusação (BITENCOURT, Cezar Roberto)."

1.5.3 Prescrição da pena de multa

O artigo 114 do Código Penal dispõe sobre a prescrição da pena de multa. Ele preceitua que quando a pena de multa for a única cominada, ela prescreverá em 2 (dois) anos. Já quando for pena alternativa, cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada, prescreverá no mesmo prazo estabelecido para a prescrição da pena privativa de liberdade.

Essa redação do artigo 114 foi dada pela Lei 9.268/1996 e gerou grande polêmica na doutrina. Quanto à prescrição da pretensão punitiva não se tinha dúvida quanto a aplicação do artigo supramencionado.

No entanto, no tocante a prescrição da pretensão executória não houve consenso. A controvérsia se encontra na outra novidade que trouxe a Lei 9.268, com a nova redação do artigo 51 do Código Penal, que passou a ser: *"Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição"*.

Ao interpretar esse artigo, duas posições surgiram. A primeira entende que o prazo da prescrição executória é de 5 (cinco) anos. Adepto desta corrente, explica René Ariel Dotti: *"[...] a multa é considerada dívida de valor após transitar em julgado a sentença que a aplicou. Sendo assim, a prescrição da pretensão executória ocorrerá em 5 (cinco) anos, conforme o art. 174 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66) (DOTTI, René Ariel)"*.

Já a outra, defende que o prazo da prescrição executória se dá na mesma forma da prescrição punitiva, ou seja, também aplica o artigo 114, do CP depois do trânsito em julgado. Segue essa vertente Cezar Roberto Bitencourt.

1.5.4 Prescrição da pena restritiva de direitos

A prescrição das penas restritivas de direito recebeu tratamento igual ao das penas privativas de liberdade, os prazos são os mesmos (artigo 109, parágrafo único do Código Penal).

1.6 Imprescritibilidade

Segundo o preciso magistério de BASILEU GARCIA depreende-se que: *“tudo passa, um dia. Há de passar, também, e ser esquecida, a ameaça do Estado de apanhar o delinquente. Nem o ódio dos homens costuma ser invariavelmente implacável e irreduzível”*.

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI critica os casos de imprescritibilidade penal sob o fundamento de que: *“(...) Não existe na listagem penal crime que, por mais hediondo que se apresente ao sentimento jurídico e ao consenso da comunidade, possa merecer a imprescritibilidade, máxime se atentarmos que as expectativas comunitárias de reafirmação da validade da ordem jurídica não perduram indefinidamente”*.

Em que pese às respeitadas críticas doutrinárias, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, elencou duas hipóteses de imprescritibilidade penal.

A primeira, prevista no inciso XLII, indica que a prática de racismo constitui crime imprescritível. A Lei n. 7.716/1989 regulamentou este comando constitucional definindo os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Além disso, posteriormente, veio ser editada a Lei n. 8.081/1990, que estabelece crimes e penas

aplicáveis aos atos discriminatórios ou de preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional, praticados pelos meios de comunicação ou por publicação de qualquer natureza. Nunca é demais lembrar que as figuras típicas previstas nas mencionadas leis, não podem ser confundidas com aquela prevista no artigo 140, parágrafo terceiro, do Código Penal (injúria qualificada pela utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência física).

A segunda hipótese constitucional determina ser imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLIV). A Lei n. 9.034/1995 dispôs sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Sucede que o referido diploma legal deixou de definir o que venham a ser organizações criminosas. O artigo 2º da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Protocolo de Palermo), promulgada pelo Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004, define grupo criminoso organizado como o *“grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”*. Resta consignar que sempre houve grande polêmica doutrinária sobre a perfeita definição legal das organizações criminosas.

Sobre o tema poderia surgir a seguinte indagação: poderia, legitimamente, o Poder Constituinte Derivado Reformador ampliar as hipóteses acima elencadas, tornando outras condutas imprescritíveis? O Poder Constituinte Originário traçou as duas hipóteses constitucionais de imprescritibilidade penal no rol de direitos e garantias fundamentais previstas no artigo 5º. Ora, quando o Poder Constituinte Originário pretendeu que determinadas condutas fossem imprescritíveis o fez expressamente, e a *contrario sensu*, as demais condutas seriam prescritíveis. Assim sendo, a prescritibilidade penal figura implicitamente como um direito fundamental, não se admitindo emenda constitucional sobre a matéria (artigo 60, parágrafo quarto, inciso IV). Caso fosse proposta uma emenda constitucional neste sentido, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, qualquer parlamentar teria legitimidade

para impetrar mandado de segurança, sob o fundamento de violação do devido processo legislativo, cabendo à Corte Constitucional realizar o controle de constitucionalidade preventivo.

2 PRESCRIÇÃO RETROATIVA

2.1 Conceito

Criação jurisprudencial firmada pela Suprema Corte, esta modalidade de prescrição da pretensão punitiva tem sua contagem do prazo prescricional baseada na pena fixada em decisão condenatória, sem possibilidade de aumento da reprimenda, regulando a prescrição da pretensão punitiva do Estado de forma retroativa. Assim, fixado o *quantum* máximo da reprimenda este será a base para a fixação do prazo prescricional, segundo o estabelecido no art. 109, do Código Penal, e verificando nos lapsos temporais contados a partir da data do fato até a publicação da sentença condenatória, considerando as causas suspensivas e interruptivas do transcurso do prazo prescricional. (REALE JÚNIOR)

A prescrição retroativa, surgida com a Súmula 146 do Tribunal Regional Federal, que na reforma de 1988, que deu origem ao hoje denominado Supremo Tribunal Federal, com lastro nos ensinamentos doutrinários de Nelson Hungria, tem seu cálculo do prazo prescricional baseado na pena efetivamente aplicada ao agente, possuindo a sentença que tenha sido recorrida apenas pela defesa efeitos *ex nunc*, não retroagindo, relativamente à prescrição, dependendo o feito de decisão definitiva, e somente a decisão posterior que julga o mérito terá efeitos *ex tunc*, retroagindo ao tempo da instauração da ação que é a primeira manifestação do exercício da pretensão punitiva do Estado. (COSTA JÚNIOR)

A prescrição retroativa poderá ocorrer entre a data da consumação do delito e a do recebimento da denúncia ou da queixa, ou entre esta e a publicação da sentença; entre o recebimento da denúncia e o acórdão de instância superior, sempre que provido o recurso de sentença absolutória; caso em que será computado o período

compreendido entre a data do recebimento da denúncia ou da queixa e da decisão condenatória de segundo grau, posto que a sentença absolutória não interrompe o prazo prescricional. Tal instituto foi inserido no ordenamento jurídico pátrio a partir da ementa no projeto da reforma de 1984, apresentada na Câmara dos Deputados pelo Deputado Federal Egídio Ferreira Lima e aprovada pelo Congresso Nacional, que acrescentou ao Código Penal o § 2º do art. 110, o que se deu após severos embates, como se verá a seguir. (DE JESUS, 1999, p. 130-142; COSTA JÚNIOR, 2002, p. 326; BONFIM e CAPEZ, 2004, p. 864)

Em conformidade com entendimentos jurisprudenciais, Costa Júnior (2002, p. 327) aponta como pressupostos para seu reconhecimento não haver recurso da acusação objetivando a majoração da pena, não exige-se recurso da defesa; é possível o reconhecimento da prescrição retroativa se a sentença de primeiro grau é absolutória e condenatória a proferida pelo tribunal, desde que não seja interposto recurso pela acusação visando o aumento da pena; podendo ser reconhecida a prescrição retroativa quando houver sentença condenatória com redução da reprimenda em segunda instância que possibilite tal reconhecimento em virtude do prazo fixado em lei.

2.2 Origem e evolução do instituto

Na senda evolutiva do instituto da prescrição no ordenamento jurídico brasileiro, a prescrição retroativa sempre gerou discussão na doutrina e jurisprudência, desde a vigência do Decreto n.º 4.780, de 27 de fevereiro de 1923, e, com a vigência do Código Penal, a partir de 1940, que fixou entendimento de que a fixação da pena, se tornada definitiva quanto ao seu quantum máximo, deveria retroagir para beneficiar ao réu, como se fora a pena cominada pela Lei, ou seja, o quantum fixado em abstrato daria lugar ao quantum da pena fixada como elemento norteador da fixação do prazo prescricional segundo o art. 109, do Código Penal. Tal entendimento foi contraposto no final de 1947, inadmitindo a retroatividade prescricional da pena concreta, seguindo o entendimento de que o disposto no art. 110, do Código Penal, nos termos então vigentes, fixaria tão somente o quantum do prazo da prescrição da pretensão

executória, orientação que perdurou somente até o final de 1950. (DAMÁSIO, 1999, p. 119-120)

Já a partir de 1951, as opiniões se dividiram, de uma lado a corrente liderada por Néelson Hungria, que posicionava-se no sentido de que a pena concretizada, na ausência de recurso do Ministério Público seria a única que corresponderia ao direito de punir do Estado, impondo-se o aproveitamento da quantificação da reprimenda para a estipulação do prazo prescricional, para o então Ministro Luiz Gallotti a nossa Lei seria expressa ao atribuir efeito interruptivo à sentença condenatória recorrível (art. 117, IV, do Código Penal), inutilizado o prazo que fluíra anteriormente, permanecendo tal posicionamento até fins de 1959. (DAMÁSIO, 1999, p. 121)

Com a alteração do quadro de Ministros a partir de 1960, a tese favorável a retroatividade da pena concreta passou novamente a ser vencedora, culminando na edição da Súmula 146, em 1964, que consagrou a prescrição retroativa, seguiram-se, ainda, pontos divergentes relativamente à prescrição retroativa até sua pacificação com as reformas de 1977 (Lei n.º 6.416/77), e de 1984 (Lei n.º 7.209/84).

O Decreto Lei n. 1.004, instituidor do Código Penal de 1969, não previu a prescrição retroativa, vedando o efeito retroativo da fixação do quantum máximo da pena aplicada para a fixação do prazo prescricional, incidindo tão somente a partir da data da publicação da sentença condenatória, o que vigorava como causa interruptiva do prazo prescricional, com a nova fixação de seu prazo daí por diante. (DAMÁSIO, 1999, p. 123)

A reforma introduzida em 1977, deu ao instituto o seguinte disciplinamento:

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

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

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

A nova reforma promovida em 1984, trouxe a seguinte redação aos parágrafos 1º e 2º do art. 110 do Código Penal, in verbis:

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

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

Deste modo, atualmente são previstas em nosso ordenamento penal duas espécies de prescrição, a prescrição da pretensão punitiva, nos artigos 109 e 110, §§ 1º e 2º, e a prescrição da pretensão executória, estabelecida no art. 110, caput, todos do Código Penal, diferindo do disposto na reforma de 1977, no que se refere a possibilidade do reconhecimento da prescrição retroativa antes do recebimento da denúncia.

Assim, consolidava-se no ordenamento jurídico pátrio o instituto da prescrição retroativa, passando este a reconhecer as três modalidades de prescrição da pretensão punitiva, sua modalidade básica, (art. 109, do Código Penal), a prescrição intercorrente (art. 109, §§ 1º e 2º) e a prescrição retroativa (art. 110, § 2º), com possibilidade de sua aplicação no período ao anteriormente de recebimento da denúncia, o que não era aplicável no período anterior reforma de 1984, e na prescrição da pretensão executória (CP, art. 110, caput) e a. (DE JESUS, 199, p. 125-126)

Fixado o quantum da pena, tendo-se estabelecida a pena em concreto, far-se-á o ajustamento a um dos incisos do art. 109 do Código Penal, obtendo-se, então, a determinação do período prescricional, que será ajustado nos períodos antes mencionados. Assim, se o prazo prescricional fixado for amplamente abrangido por um dos períodos prescricionais, considerando eventuais suspensões deste, ter-se-á a ocorrência da prescrição retroativa, nos termos do § 2º art. 110, do Código Penal. (DE JESUS, 1999, p. 130)

A fixação da prescrição retroativa difere da prescrição superveniente quanto ao período de verificação da prescrição, sendo que na primeira verificar-se-á no período anterior ao da publicação da sentença, e a segunda no período posterior ao da sentença condenatória. (DE JESUS, 1999, p. 133)

2.3 Fundamentos

O primeiro pressuposto é a existência de uma sentença condenatória, sendo descabida nos casos de decisão absolutória ou meramente declaratória da extinção da punibilidade, sem condenar o réu, sendo também cabível nos casos de absolvição em primeiro grau e condenação em segunda instância. (DE JESUS, 1999, p. 137)

Aplicado o perdão judicial, incide o princípio retroativo pressupondo condenatória a sentença. Tal possibilidade não era prevista ao tempo da reforma penal de 1977, posto que na sistemática ao tempo vigente os efeitos desta espécie de prescrição incidiam sobre a prescrição executória da pena principal, e no perdão judicial não há previsão de pena. No atual sistema, a possibilidade existe, posto que a prescrição retroativa consiste em prescrição da pretensão punitiva, devendo ser considerado, neste caso, como base para a fixação do prazo prescricional o quantum mínimo da pena in abstracto. (DE JESUS, 1999, p. 137)

Adotando-se a tese de que a sentença concessória do perdão judicial é absolutória ou meramente declaratória da extinção da punibilidade, não há que se falar em prescrição retroativa, posto não estar satisfeito o pressuposto de existência de sentença condenatória. (DE JESUS, 1999, p. 137)

Pressuposto a existência de sentença condenatória, e tratando a matéria de critérios temporais, o seguinte pressuposto trata da fixação definitiva do quantum máximo da pena, pois não havendo aumentos nesta não poderá ocorrer o aumento da fixação do prazo prescricional, ainda que haja a possibilidade de diminuição deste em virtude de recurso da defesa, sendo imprescindível para a sua consideração, que não haja mais recurso para a acusação ou que este tenha sido improvido, consumando-se o trânsito em julgado para a acusação. (DE JESUS, 199, p. 130)

A necessidade de recurso por parte do réu somente era prevista na interpretação do antigo parágrafo único do art. 110 do Código Penal e da antiga Súmula 146, efetuada por parte do primitivo Superior Tribunal Federal, o que não se faz necessário na atual sistemática, não sendo exigida a intimação do réu dos termos da sentença para que haja sua declaração, podendo ser declarada depois que haja a publicação da sentença, por força do disposto no artigo 61 do Código de Processo Penal. (DE JESUS, 1999, p. 138)

2.4 Natureza jurídica

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

“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.”

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.

Heleno 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.

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.

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”.

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.

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.”

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.

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.

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

3.1 Lei nº 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.

Essa lei originou-se do Projeto n. 1383, 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.”

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 competentíssimo 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.”

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 parágrafo 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.”

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 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”.

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.

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.”

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 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.

3.2 Posições doutrinárias frente às alterações introduzidas pela lei n. 12.234 de 2010 e a violação a princípios constitucionais penais

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.”

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.

3.2.1 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 excluí-la, fazendo, então, uma análise literal da Lei n. 12.234 de 2010.

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 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.

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.”

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*”.

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.”

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.

3.2.2 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.

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).”

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.

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.

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.

A respeito do princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal 149, 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.

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 fato.”

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 Federal.

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.”

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”*.

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.

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.”

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.

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 denúncia ou queixa ou o recebimento.

Como o inciso I do artigo 117 do Código Penal estabelece o recebimento da denúncia 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.

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

Com essa proibição durante a persecução penal, somente poderá incidir a prescrição da pretensão punitiva abstrata. Conseqüentemente, 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.

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

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 Federal.

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.

4 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 puniendi* 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 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 aplicá-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

- TRIPPO, Mara Regina. **Imprescritibilidade penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, t. I.
- CAPEZ, Fernando. **Direito Penal Simplificado**. 15º edição. 2012. Ed. Saraiva. Site: LeLivros.Net.
- SCHIMIDT, 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. 18-19.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17ª edição. Revista ampliada e atualizada de acordo com a Lei 12.550, de 2011. Ed. Saraiva.
- MANZINI, Vincenzo, 1967 *apud* MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição Penal: Prescrição Funcionalista**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2000, p. 86.
- FERRARI, Eduardo Reale. **Prescrição da Ação Penal: suas causas suspensivas e interruptivas**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 2.
- PORTO, Antonio Rodrigues. **Da Prescrição Penal**. São Paulo: José Bushatsky, 1972, p. 25.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 43/44.
- JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição Penal Antecipada**, 2ª edição, Curitiba, Juruá, 2010, p. 56.
- GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, tomo II.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 2ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2007.

