

# A inconsistência lógica da prescrição retroativa

*Danilo Barbosa Sodré da Mota*

Promotor de Justiça Adjunto do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Especialista em Direito Público.

**Resumo:** O artigo tem por escopo analisar e criticar a prescrição retroativa, à luz dos fundamentos da prescrição penal e da finalidade da estipulação de um prazo processual. Primeiramente, explicam-se as razões da existência da prescrição penal em geral, bem como as suas espécies. Realiza-se análise histórica da prescrição penal, esclarece-se como se deu sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro, apontando as sucessivas alterações legislativas que ocorreram até chegar ao seu regramento atual. A partir daí, passa-se a analisar a prescrição sob perspectiva teleológica, levando-se em consideração a finalidade do instituto enquanto prazo processual. Nesse ponto, analisa-se não só sua natureza de prazo, mas também todos os fatores imprevisíveis que influenciam na fixação da pena e, consequentemente, no prazo prescricional. Ao fim, conclui-se que a estipulação de um prazo retroativo, como é a prescrição retroativa, fere a própria finalidade dos prazos, que reside na ciência antecipada de data-fim para a realização de determinado ato.

**Palavras-chave:** prescrição da pena; prescrição retroativa.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Fundamentos e natureza jurídica da prescrição penal. 2.1 Espécies de prescrição penal. 2.2 Prescrição retroativa no Direito Penal brasileiro até a Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, e a Súmula n. 604 do STF. 2.3 Prescrição retroativa a partir da vigência da Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. 3 Requisitos para a incidência da prescrição retroativa. 3.1 Trânsito em julgado para a acusação ou improvemento de seu recurso. 3.2 Pena em concreto. 4 Crítica à prescrição retroativa. 4.1 A inconsistência lógica na fixação de um prazo retroativo. 5 Considerações finais.

## 1 Introdução

A prescrição retroativa consiste em uma das espécies de prescrição existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Tal modalidade prescricional tem por fundamento a fixação de prazo com base na reprimenda fixada no édito condenatório, a pena individualizada para o caso concreto. Quantificada a sanção, calcula-se o prazo prescricional, o qual retroage, podendo ter por termo inicial data anterior à da prolação do édito condenatório. O instituto é produto de construção pretoriana, resultante de uma interpretação da redação original do Código Penal de 1940. Com o decorrer dos anos, o entendimento jurisprudencial foi positivado, alterando-se a legislação para assentar tal espécie de prescrição.

Para a maioria da comunidade jurídica atuante, o instituto não causa qualquer tipo de estranheza. Todavia, trata-se de um prazo prescricional aplicado em momento anterior ao qual é calculado. Tal fato resulta em imprevisibilidade do tempo limite para a persecução penal.

O artigo em tela tem por escopo demonstrar a incoerência na fixação de um prazo retroativo, levando-se em consideração o contexto jurídico no qual esse prazo se insere. Para tanto, deve-se ter em mente o cenário histórico que possibilitou o nascedouro do instituto em destaque, além da essência e dos pilares nos quais se baseia a prescrição penal. A elaboração do artigo utilizará a técnica de revisão bibliográfica, com exame de livros, leis e julgados relacionados ao tema.

## 2 Fundamentos e natureza jurídica da prescrição penal

A ocorrência do fato criminoso resulta no surgimento da pretensão punitiva do Estado, o *jus puniendi*. Caso os órgãos incumbidos de levar a cabo a sanção não o façam durante determinado período de tempo, a reprimenda não mais poderá ser imposta ao agente criminoso. Trata-se da perda do direito de punir.

Segundo Bitencourt (2014, p. 888), "o primeiro texto legal que tratou da prescrição foi a *Lex Julia*, datada do ano 18 a.C.", e "o desenvolvimento do instituto da prescrição processou-se lentamente através dos séculos, sendo admitido no direito germânico e no direito de outros povos".

Historicamente, não há como apontar uma única razão para a existência da perda da pretensão punitiva estatal. Ao contrário, a doutrina, sob a ótica de diferentes políticas criminais, enumera diversos fundamentos que se propõem a dar sustentabilidade jurídica ao instituto, a saber: o esquecimento do fato (teoria do esquecimento); a recuperação do delinquente (teoria da emenda do delinquente, teoria da expiação moral e teoria psicológica); o perecimento do conteúdo probatório (teoria da dispersão das provas); e a inércia estatal.

Na primeira hipótese mencionada, considera-se o fim da exigência de uma reação contra o delito, partindo do pressuposto de que, se o tempo não fulmina a memória dos acontecimentos, ao menos a reduz ou a enfraquece. O alarma e a reprovação social seriam fatores justificantes da repressão estatal. Entretanto, o decurso do tempo resultaria na extinção paulatina de tais fatores, fazendo desaparecer, a partir de um enfoque utilitário, o interesse no qual se baseia a pretensão punitiva. É possível fazer uma conexão entre a teoria do esquecimento e a prevenção geral positiva enquanto aspecto da pena, tendo em vista que a reafirmação da confiança no Direito Penal não seria mais necessária em face do desmemoramento dos fatos delitivos.

No segundo caso, no que se refere à teoria da emenda do delinquente, o longo lapso temporal decorrido sem que o indivíduo tenha praticado outro delito seria um indicador de que ele se reajustou, o que tornaria despicienda a sanção criminal. Presumem-se a mudança de comportamento e a regeneração do ser humano após certo período. Aqui, se privilegia a prevenção especial positiva como vetor da reprimenda. Isso porque, operada a reintegração social da pessoa, o escopo da reprimenda já teria sido atingido. A legislação pátria, de certa forma, consagrou tal entendimento, uma vez que previu a interrupção do prazo prescricional pela reincidência (Código Penal, art. 117, VI). Ou seja, se o indivíduo volta a cometer um crime, permanece a finalidade da pena.

Ainda em relação à recuperação do delinquente, foram desenvolvidas a teoria da expiação moral e a teoria psicológica. A primeira defende que o passar dos anos traz consigo o sofrimento decorrente da possibilidade de perseguição penal em desfavor do indivíduo, o que já seria uma pena suficiente. A segunda

funda-se na ideia de que, com o decurso do tempo, o criminoso altera o seu modo de ser e de pensar, tornando-se pessoa diversa daquela que cometeu a infração penal, motivando a não aplicação da pena. (NUCCI, 2011, p. 609).

Em seguida, no tocante à terceira hipótese, tem-se a noção de que o decurso do tempo enfraquece o suporte probatório, fazendo com que os vestígios desapareçam e as testemunhas não sejam encontradas ou não se recordem de forma consistente do ocorrido. Como consequência, a qualidade da apuração do crime restaria prejudicada, o que teria reflexos, inclusive, na defesa do réu.

Por último, a falta de ação por parte do Estado teria como resultado o ônus da prescrição. Para tal corrente, deve existir regra que limite, no aspecto temporal, o exercício da ação penal. Além disso, considera-se aqui a célebre conclusão de Rui Barbosa (1921), quando mencionou que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”. Nesse ponto, exsurge mais claro o conceito de segurança jurídica na aplicação do Direito Penal, cujo desiderato seria obstar a ameaça de punição por período demasiadamente longo.

Em relação à natureza jurídica da prescrição, existem três orientações. A concepção jurídico-material do instituto foca unicamente na perda do *jus puniendi*, posicionando a prescrição no campo do direito material, sem qualquer relação com o direito formal. Os efeitos processuais seriam apenas consequências da extinção do poder punitivo do Estado no caso concreto.

Outra parcela da doutrina entende que a prescrição está inserida no direito formal, pois constitui obstáculo ao início ou prosseguimento do processo penal, encontrando fulcro em razões de natureza processual.

Note-se que o esquecimento do fato e a recuperação do delinquente alinham-se à concepção jurídico-material, porquanto dizem respeito mais especificamente à finalidade da aplicação da pena. De outro lado, a inércia estatal e o perecimento do conteúdo probatório se aproximam da concepção jurídico-processual, uma vez que se relacionam ao exercício da ação penal em si ou à sua viabilidade, respectivamente.

Uma terceira posição, intermediária, leva em consideração ambos os aspectos mencionados, pelo que a prescrição teria natureza mista.

Sem olvidar a inseparabilidade dos ramos material e processual do Direito, ao que parece tem predominância na doutrina brasileira a concepção jurídico-material da prescrição, seja porque se conecta mais, do ponto de vista epistemológico, aos fins da pena, seja porque o instituto está previsto como causa de extinção de punibilidade no Código Penal (CP, art. 107, IV).

## 2.1 Espécies de prescrição penal

Há diversas espécies de prescrição no ordenamento jurídico. As diferenças traçadas pela taxonomia do instituto baseiam-se na existência de uma sentença condenatória no caso concreto e em eventual definitividade dessa sentença.

Praticado o fato típico e enquanto não sobrevém o trânsito em julgado da decisão condenatória, o Estado possui apenas expectativa de efetuar uma punição. Tem-se, nesse momento, a pretensão de obter uma condenação. Caso isso não seja feito no tempo limite previsto, haverá a prescrição da pretensão punitiva, cuja contagem do prazo tem início, por via de regra, logo após a ocorrência do crime (CP, art. 111).

Por outro lado, a prolação de decisão condenatória irrecorrível coincide com o termo da ação penal, ocasião na qual a sentença se torna um título executivo estatal. Em sequência, nasce para o Estado a possibilidade de fazer cumprir o comando da sentença, o que deve ser feito também dentro de determinado prazo, agora relacionado ao *quantum* fixado na decisão (CP, art. 110). Caso não o faça, haverá a prescrição da pretensão executória.

Dito isso, no decorrer do processo e na vigência da prescrição punitiva, enquanto inexistente qualquer decisão condenatória ou quando tal decisão ainda não transitou em julgado para a acusação, o prazo prescricional regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime (CP, art. 109). Trata-se da prescrição baseada na pena em abstrato, cujo espeque reside na inexistência, até esse momento processual, de uma pena individualizada para o caso.

Após a superveniência de uma decisão condenatória que não esteja sujeita a recurso da acusação, o prazo prescricional será regulado

pela reprimenda aplicada no feito (CP, art. 110, § 1º). Em outras palavras, a prescrição será baseada na pena em concreto. Parte-se da ideia de que, na impossibilidade de aumento da pena em face da proibição da *reformatio in pejus*, torna-se injusto cálculo que toma por base a pena máxima aplicada.

O reconhecimento da prescrição com base na pena em concreto pode se dar de duas formas. Denomina-se superveniente ou intercorrente quando o transcurso do prazo se dá após a sentença, a qual serve de referência para a própria nomenclatura em questão.

No entanto, a partir do cálculo do prazo com base na pena em concreto, também é possível que se aplique a prescrição na sua forma retroativa, levando-se em consideração eventual transcurso do prazo em momento anterior à sentença. Nesse caso, a contagem do prazo não pode ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa (CP, art. 110, § 1º).

Como construção doutrinária, há ainda a prescrição retroativa antecipada, também chamada de prescrição virtual. Tal modalidade nada mais é do que o reconhecimento, diante das peculiaridades do caso concreto, de uma certa prescrição retroativa, mesmo que esta não haja ocorrido até aquele momento processual. A aplicação da prescrição virtual é vedada pela Súmula n. 438 do Superior Tribunal de Justiça, a qual preleciona: "É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal".<sup>[1]</sup> Não obstante a existência da súmula, a prescrição virtual é aplicada por alguns magistrados no momento do recebimento da denúncia, quando estes vislumbram que a pena a ser fixada, invariavelmente, remeterá a prazo prescricional já escoado no momento da sentença.

## **2.2 Prescrição retroativa no Direito Penal brasileiro até a Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977, e a Súmula n. 604 do STF**

A redação do Código Penal de 1890 era obscura no tocante ao critério adotado para o cálculo do prazo prescricional. Da literalidade da norma não se inferia, de forma clara, se a reprimenda a ser utilizada como base do cálculo deveria ser a pena *in abstracto* ou *in concreto* (GUARAGNI, 2008, p. 95).

Posteriormente, sobreveio o Decreto Federal n. 4.780, 27 de dezembro de 1923, cujo art. 35 modificou o Código Penal, trazendo o primeiro delineamento normativo sobre o assunto:

Art. 35. As disposições dos artigos precedentes são aplicáveis, de acordo com o que estabelece o art. 78 do Código Penal, à prescrição da ação penal, regulando-se esta pelo máximo da pena abstratamente cominada na lei, ou pela que for pedida no libelo, ou, finalmente, pela que for imposta em sentença de que somente o réu houver recorrido.<sup>[2]</sup>

À luz desse dispositivo, a aplicação retroativa do prazo prescricional foi pleiteada, em 1931, perante o 2º grau de jurisdição em São Paulo, tendo sido rechaçada pela Corte.

Em 1º de janeiro de 1942, entrou em vigor o Código Penal de 1940, cuja redação do art. 110, parágrafo único, era a seguinte: "Parágrafo único. A prescrição, depois de sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos".<sup>[3]</sup>

Em um primeiro momento, doutrina e jurisprudência, de forma majoritária, interpretaram a norma no sentido de se aplicar a prescrição com base na pena em concreto somente após a sentença condenatória. Esta leitura do artigo era reforçada pela presença da expressão "depois de".

Todavia, em 1946, na concessão da ordem no *Habeas Corpus* n. 28.638 por maioria de votos, tem-se notícia da aplicação retroativa da prescrição no âmbito do Supremo Tribunal Federal (GUARAGNI, 2008, p. 97), encetando-se, a partir daí, uma série de debates no âmbito do Pretório Excelso. Surgia aqui uma nova corrente interpretativa, que operava exegese liberal e ampla do dispositivo em comento.

A título ilustrativo, interessante trazer à baila excerto do embate argumentativo entre os ministros Nelson Hungria e Luiz Gallotti, no *Habeas Corpus* n. 38:<sup>[4]</sup>

O SENHOR MINISTRO LUIZ GALLOTTI: O Código Penal dispõe no § único do art. 110 que, não recorrendo a acusação, a prescrição, depois da sentença, se conte pela pena concreto, mas depois da sentença, como está escrito na lei, e não antes. Esta é que é a nossa divergência.

O SENHOR MINISTRO NELSON HUNGRIA: Meu argumento é que, assim entendendo o dispositivo, seria absolutamente ocioso. Jamais se duvidou, nem seria possível duvidar que, sobrevindo a sentença condenatória e não apelando o M.P., a prescrição se regulasse, daí em diante, pela pena imposta. O que o Código estatui é que, em tal caso, se é suficiente o tempo decorrido entre a última causa interruptiva da prescrição e a sentença condenatória, a prescrição deve ser conhecida.

O SENHOR MINISTRO LUIZ GALLOTTI: Não seria ocioso, porque, tratando-se ainda da prescrição da ação penal, se não fôra a exceção aberta no citado § único do art. 110, ela continuaria a se regular pelo máximo da pena, como está expresso no art. 109. Acresço que, pelo Código, a sentença condenatória é interruptiva da prescrição (art. 117, IV).

O SENHOR MINISTRO NELSON HUNGRIA: Interruptiva, quando o período já transcorrido é insuficiente para a prescrição relacionada à pena *in concreto*. Se é suficiente, não há nada que interromper.

Nelson Hungria, o relator do feito, afirmava que, “concretizada a pena, com a qual concordou o Ministério Público, essa é a pena que *ab initio* era justa”, sendo possível o transcurso do prazo prescricional entre marcos interruptivos anteriores à sentença. Nelson Hungria defendia que entender de forma diversa seria esvaziar o art. 110, parágrafo único, do CP vigente à época. Para o ministro, do art. 110, *caput*, já se extraía que a pena em concreto regularia a prescrição caso não houvesse recurso do Ministério Público. Mesmo que o art. 110, *caput*, falasse apenas do trânsito em julgado para ambas as partes, tal conclusão seria óbvia porque em casos de recurso exclusivo da defesa, a pena não poderia ser aumentada em vista da proibição da *reformatio in pejus*. Em outras palavras, Hungria entendia que o art. 110, *caput*, já tratava da prescrição com base na pena em concreto quando ausente recurso da acusação, enquanto o art. 110, parágrafo único, previa a retroatividade dessa espécie de prescrição. Com espeque nesse raciocínio, pode-se afirmar que o jurista invocava princípio basilar de hermenêutica jurídica segundo o qual a lei não contém palavras inúteis: *verba cum effectu sunt accipienda*.

Luiz Gallotti, por sua vez, argumentava que a prescrição com base na sanção aplicada só incidiria em intervalo de tempo posterior à sentença, asseverando ainda que o édito condenatório é marco interruptivo da prescrição. Para o ministro Gallotti, o Código Penal era claro e seus



artigos definiam com precisão situações distintas. O art. 110, *caput*, previa a aplicação do prazo prescricional com base na pena em concreto em face do trânsito em julgado para ambas as partes, enquanto o art. 110, parágrafo único, esclarecia que, se houvesse trânsito em julgado para a acusação, a prescrição também seria calculada com base na pena aplicada, podendo ser declarada a partir da sentença condenatória.

O embate argumentativo descrito configurou um divisor de águas no entendimento da Suprema Corte, a qual, não obstante tenha oscilado em alguns momentos, vinha se posicionando, até então, pela inviabilidade da retroação do prazo prescricional.

Em 13 de dezembro de 1963, foi aprovada a Súmula n. 146 do STF, com a seguinte redação: "A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação".<sup>[5]</sup>

A edição do verbete sumular consagrou o entendimento da corrente encabeçada por Nelson Hungria. Por volta de 1965, com base na súmula e no quadro normativo vigente, o STF aplicava a prescrição retroativa com possibilidade de fixação do termo inicial na data do fato (GUARAGNI, 2008, p. 100). Tal aplicação expansiva da prescrição foi alvo de severa censura por parte de parcela da comunidade jurídica.

Talvez em face de tais críticas, o Código Penal de 1969, em sua redação original, tolhia a prescrição retroativa, o que se depreende da expressão "daí em diante", contida no art. 111, § 1º, daquele diploma: "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".<sup>[6]</sup>

A intenção de expurgar o instituto foi declarada ostensivamente no ponto 37 da Exposição de Motivos do Código, redigida por Gama e Silva:

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, daí por diante* pela pena imposta. Termina-se, assim, com a teoria brasileira da prescrição pela pena em concreto, que é tecnicamente insustentável e que compromete gravemente a eficiência e a seriedade da repressão. (SILVA, 1969, p. 163. Grifo no original).

Apesar da menção somente à pena em concreto e não à sua aplicação retroativa, é claramente possível deduzir que Gama e Silva tratava da prescrição retroativa. A uma, porque o próprio dispositivo estabelece a utilização da pena imposta na sentença e, a duas, pelo grifo conferido à expressão “daí por diante”.

Entretanto, a Lei n. 6.016, datada de 31 de dezembro de 1973, emendou o Código Penal de 1969, alterando o art. 111, § 1º, cuja redação seria a que segue: “A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se também pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos”.

Suprimiu-se, portanto a expressão “daí por diante”. O dispositivo andou em sentido diametralmente oposto ao artigo original do Código, reforçando a presença da prescrição retroativa no ordenamento jurídico.

Como é cediço, o Código Penal de 1969 nunca entrou em vigor. O período de *vacatio legis* foi postergado diversas vezes e, em 11 de outubro de 1978, o *codex* foi revogado pela Lei n. 6.578.

Em 24 de maio de 1977, a Lei n. 6.416 alterou novamente o art. 110 do Código Penal de 1940, substituindo o parágrafo único por dois parágrafos:

§ 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.

Frente a esse quadro normativo, em 29 de outubro de 1984, a Suprema Corte publicou a Súmula n. 604, a qual possui a seguinte redação: “A prescrição pela pena em concreto é somente da pretensão executória da pena privativa de liberdade”.<sup>[7]</sup>

Naquele momento, assentou-se que a norma trazida dizia respeito, de fato, à pretensão executória, e não à ação penal em si, além de não incidir sobre os demais efeitos da reprimenda. O verbete veio à tona durante a *vacatio legis* da Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, conhecida como Reforma do Código Penal. Portanto, ainda vigia o Código de 1940.

O tratamento dado ao instituto foi alvo de críticas, pois afirmou literalmente que a prescrição retroativa extingue a pretensão executória sem que tenha havido trânsito em julgado do feito, o que significa que a possibilidade de executar a pena é fulminada antes de começar a existir (GUARAGNI, 2008, p. 104). Em outras palavras, quando presente a prescrição retroativa, a pretensão executória "morreria", sem sequer ter "nascido". Tal constatação é, no mínimo, um paradoxo semântico.

### **2.3 Prescrição retroativa a partir da vigência da Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984**

A novel legislação alterou a parte geral do Código Penal de 1940, estabelecendo a seguinte redação para o art. 110 e parágrafos:

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.

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

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

O novo texto consignou expressamente a possibilidade de transcurso do prazo prescricional entre a data do fato e o recebimento da denúncia, instituindo fase extremamente liberal da prescrição retroativa. Prejudicou-se, de forma intensa, a defesa social. A prescrição pela pena em concreto poderia ser declarada em momento anterior ao início do processo, remetendo a tempo em que o inquérito policial era vigente e sequer a denúncia havia sido apresentada.

Como bem aponta Guaragni (2008, p. 112-113), "nem pelas ideias primitivas que deram base à Súmula 146, formuladas por Hungria, admitia-se a retrotração a período anterior ao recebimento da denúncia". Hungria entendia que o prazo prescricional era contado da última causa interruptiva em diante, desconsiderando a sentença enquanto interrupção, uma vez que a prescrição pela pena fixada (a "pena justa") já havia se escoado.

Em 2 de julho de 2003, o deputado Antônio Carlos Biscaia apresentou o Projeto de Lei n. 1.383, que postulava a seguinte alteração do § 1º do art. 110 do CP:

§ 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da publicação da sentença ou do acórdão. (BISCAIA, 2003, p. 34.250).

Inferese claramente da literalidade da proposição inicial a tentativa de findar a retroatividade da prescrição no ordenamento jurídico. Da forma como foi redigido o projeto, admitir-se-ia apenas a prescrição superveniente, a correr após o momento de fixação da reprimenda. Por oportuno, vide trecho da Justificativa do Projeto:

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.

É sabido que essa casta de crimes (p. ex. o estelionato e o peculato) reclama uma difícil apuração, em regra exigindo que as autoridades se debruçam sobre uma infinidade de documentos, reclamando, ainda, complexos exames periciais, o que acaba redundando, quase sempre, em extinção da punibilidade, mercê da prescrição retroativa, que geralmente atinge justamente o período de investigação extra-processual. (BISCAIA, 2003, p. 34251).

No entanto, após os debates legislativos, o projeto sofreu emendas. A Justificativa de Emenda apresentada pelo Deputado Fernando Coruja sintetiza pensamento contraposto ao do autor do projeto:

A redação original do Projeto de Lei desloca o termo inicial da contagem do prazo prescricional da data do fato para a data da publicação da sentença transitada em julgado.

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.

Atualmente, por exemplo, há previsão de 20 anos para que o Estado profira decisão sobre um crime cuja pena máxima seja de 12 anos. A despeito da longevidade, este tempo não tem sido suficiente para que o Judiciário dê uma resposta ao caso *sub judice*.

Com a aprovação do Projeto de Lei, este mesmo Estado se serviria de uma fórmula para mascarar sua ineficiência, elastecendo o prazo prescricional e, desta forma, garantiria, a prolação da sentença em tempo legal. Entretanto, este artifício não garante a agilização do procedimento, o que faz o Código Penal perca um dos seus objetivos: o caráter pedagógico pela contemporaneidade da pena aplicada.

O escopo desta emenda serve à amenização deste critério de contagem para a prescrição, considerando o seu termo inicial como o dia da denúncia ou queixa, a fim de que se garanta ao réu a segurança jurídica devida. (CORUJA, 2007, p. 8459).

A discussão parlamentar foi vencida por aqueles que defendiam o fim da prescrição retroativa apenas no tocante ao lapso temporal anterior à denúncia ou queixa.

Em 5 de maio de 2010, a Lei n. 12.234 alterou o § 1º e revogou o § 2º, ambos do art. 110 do CP, estabelecendo o regramento atual da prescrição retroativa:

§ 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.

Voltou-se, portanto, a um arcabouço normativo bastante similar ao da Lei n. 6.416, de 1977, com a ressalva de que o dispositivo vigente não afirma que se trata de renúncia da pretensão executória. Destarte, a prescrição retroativa é classificada pela doutrina como uma espécie de prescrição da pretensão punitiva, pois diz respeito a tempo no qual não havia trânsito em julgado do feito.

### **3 Requisitos para a incidência da prescrição retroativa**

Conforme se deduz do artigo regente, o estabelecimento da prescrição pela pena em concreto, seja na forma superveniente ou retroativa,

exige trânsito em julgado para a acusação ou desprovimento de seu recurso. Em tais situações, a pena aplicada regulará o prazo prescricional, conforme o disposto no art. 109 do CP.

Registre-se que o legislador não firmou prazos diferenciados para a prescrição pela pena em concreto. Ao contrário, optou por fórmula remissiva, de forma que a prescrição retroativa ou superveniente é calculada com base nos mesmos períodos estipulados para a prescrição pela pena máxima cominada.

### **3.1 Trânsito em julgado para a acusação ou improvimento de seu recurso**

Em se tratando de recursos no processo penal, uma vez prolatada a sentença condenatória, quatro situações distintas podem ocorrer: a) interposição de apelação pelo Ministério Público; b) interposição de apelação por ambas as partes; c) interposição de apelação pela defesa; d) ausência de recurso de apelação.

Nas duas primeiras hipóteses, até o julgamento em segundo grau, a pena máxima é utilizada para o cálculo prescricional. Caso seja desprovida a apelação da acusação, a prescrição passa a ser calculada com base na reprimenda fixada, podendo ser declarada, de forma retroativa, entre o recebimento da denúncia e a sentença. Se provido o recurso ministerial, o prazo prescricional pela pena em concreto não retroage, sendo aplicado apenas desse ponto em diante, desde que haja aumento de pena que importe em alteração da faixa prescricional disposta no art. 109 do Código Penal.

Todavia, se o recurso do Ministério Público não visar ao aumento da pena ou, ainda, se do apelo não decorrer alteração da faixa de cálculo prescricional, o provimento do pleito da acusação não criará óbice à prescrição retroativa (JESUS, 2010, p. 156-157).

Se apenas a defesa apelar, a reprimenda concretizada na sentença será utilizada para calcular o prazo, que poderá ser aplicado retroativamente. Caso o tribunal opere redução da pena, o novo quantitativo será utilizado para o cálculo.

Por fim, inexistindo recurso de ambas as partes, o montante fixado na sentença será utilizado para calcular o prazo prescricional, a incidir de forma retroativa ou intercorrente.

### **3.2 Pena em concreto**

Como já mencionado, a aplicação retroativa da prescrição demanda o cálculo com base na pena fixada no caso em concreto. Por motivos óbvios, não poderia ser diferente. Caso o prazo fosse calculado sempre com base na previsão abstrata, não seria possível sua aplicação retroativa, pois, constatado que tal período de tempo escoou após a data do recebimento da denúncia, declarar-se-ia a prescrição em momento anterior à sentença. Se o prazo não se esgotasse e sobreviesse a sentença, não haveria alteração da faixa de cálculo.

Desde o art. 35 do Decreto Federal n. 4.780, de 1923 (mencionado no item 1.2), o ordenamento jurídico brasileiro albergou a ideia de utilização da pena fixada em concreto para o cálculo da prescrição. Nesse ponto reside a ideia de que, uma vez descoberta a pena justa para o feito, não haveria mais razão para se utilizar a pena máxima como parâmetro. Pelo contrário, a utilização da pena individualizada atende aos ditames da justiça, pois permite traçar diferenças entre crimes de gravidades distintas. À luz dos fundamentos da prescrição (expostos no item 1), é salutar que um homicídio simples privilegiado (CP, art. 121, § 1º), cuja pena tenha sido fixada em quatro anos, tenha prazo prescricional diferente de um homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2º), que tenha a sanção firmada em 25 anos.

O ponto a ser doravante criticado neste estudo, também rechaçado por grande parte da doutrina, é a retroação do prazo, e não seu recálculo após a fixação da pena.

## **4 Crítica à prescrição retroativa**

A celeuma em face do instituto tratado no presente expediente reside no ponto central da discussão entre Gallotti e Hungria, ambos ministros da Suprema Corte quando da edição da Súmula n. 146. O debate acerca da finalidade da expressão "depois", inserida no dispositivo da

época, definiu a existência da modalidade retroativa da prescrição. Caso a posição do ministro Gallotti houvesse prevalecido, apenas a prescrição intercorrente estaria presente no ordenamento pátrio.

Hodiernamente, diante do quadro normativo posto, o debate se esmoreceu.

No decorrer dessa peleja, o foco da discussão foi, muitas vezes, a interpretação da redação do Código Penal, de forma a se perder de vista a própria razão de ser da prescrição penal.

O *jus puniendi* deve ceder ao tempo apenas em face da ausência de finalidade da pena (para os que se alinham à concepção jurídico-material da prescrição) ou pela morosidade no exercício da ação penal ou sua inviabilidade (caso dos que se filiam à concepção jurídico-processual). Quando o Estado prolata sentença condenatória em desfavor de um réu, consigna expressamente que tem interesse na pena e que a sanção tem finalidade. Da mesma forma, a ação penal foi ajuizada a tempo (tanto que não transcorreu prescrição em abstrato) e era viável, motivo pelo qual resultou em sentença condenatória.

Nesse contexto, o critério de cálculo prescricional com base na pena justa, fixada na decisão judicial, não pode sobrepor a análise da própria finalidade da pena. Tal sobreposição não vem da utilização desse critério em momento posterior à decisão, mas sim de sua retroatividade. A supervalorização da "pena justa" enquanto forma de calcular a prescrição não pode ser vista como mais importante do que a própria prescrição em seu cerne. Nunca é demais reafirmar: se há sentença condenatória, é evidente o interesse estatal no *jus puniendi*.

Conforme será explorado adiante, não há coerência e racionalidade na determinação de um prazo a ser aplicado em momento anterior ao qual foi calculado, mormente porque calculado com base em dado inexistente à época de seu termo final. Quando se aplica a prescrição retroativa, se utiliza a pena fixada na sentença, a qual é estipulada após o transcurso do prazo sobre o qual incide essa modalidade de prescrição.

Além disso, a publicação da sentença e do acórdão condenatórios recorríveis são marcos interruptivos do prazo prescricional (CP, art. 109, IV). Ou seja, sobrevindo tais decisões, o prazo deve recomeçar. A



retroatividade da prescrição desconsidera que, para a estipulação da pena em concreto, é necessário que tais decisões sejam prolatadas, o que interrompe o prazo.

Portanto, o atual quadro normativo e sua interpretação partem das seguintes premissas: a) o édito condenatório é prolatado, fixando uma pena para o réu; b) interrompe-se o prazo prescricional; c) desconsidera-se a interrupção, porque a pena fixada era a justa desde o início e deve ser utilizada para calcular a prescrição retroativa, de modo que, na verdade, não havia nada a interromper, mesmo que isso só possa ser aferido após o próprio édito condenatório.

Em outras palavras, subverte-se a lógica do marco interruptivo: no lugar de causar o reinício do prazo, o marco é utilizado para afirmar que tal prazo já havia transcorrido.

#### **4.1 A inconsistência lógica na fixação de um prazo retroativo**

O *Dicionário Houaiss* (2009) tem as seguintes definições para a palavra *prazo*: a) tempo determinado; b) período de tempo; c) tempo em que algo deve ser feito; d) imóvel enfitêutico, rural ou urbano; aforamento.

O último significado não interessa ao presente estudo. Os três primeiros têm algo em comum: denotam um lapso temporal certo. O terceiro vai mais além e especifica a utilização mais usual da palavra: tempo em que algo deve ser feito. Tal concepção de prazo é a presente no cotidiano do Direito. São inúmeras as normas processuais, em todos os campos da Ciência Jurídica, que preveem uma data limite para a consecução de atos.

Por mais óbvio que seja, vale relembrar o funcionamento dessa sistemática: a) estipula-se um período de tempo, um prazo; b) o destinatário desse prazo é comunicado, de forma antecipada, de sua extensão; c) o prazo começa a correr; d) se o destinatário realizar o ato antes do fim do prazo, tal ato será tido como válido; e) caso o prazo se encerre antes da realização do ato, o destinatário não poderá mais realizá-lo, ou, se o fizer, não surtirá qualquer efeito.

Percebe-se que a estipulação de um prazo é ligada à ideia de expectativa. Há uma predefinição das regras do jogo, para que o destinatário

não seja pego de surpresa e possa elaborar sua linha de ação e executá-la conforme o intervalo estipulado.

É essa a concepção teleológica dos prazos: lapso temporal, previsto e comunicado de forma antecipada, cujo término resulta em perecimento da pretensão do indivíduo. Como corolário desse conceito, o prazo leva em consideração o tempo ainda não transcorrido, o futuro. Não o passado.

É neste último ponto que reside o problema central da prescrição retroativa: é um instituto jurídico que consiste em um prazo a ser aplicado em período de tempo passado.

A inconsistência lógica de um prazo que retroage é patente. Fulmina-se completamente a pretensão do destinatário (o Estado ou o querelante, no caso da prescrição retroativa), porque este não respeitou prazo do qual não tinha conhecimento. Pelo contrário, tal prazo só veio a ser calculado e informado depois, até porque o cálculo dependia de informação que não existia (a pena fixada).

Imagine-se a seguinte situação: o Aluno A (que representa o Estado-Acusação) deve entregar um trabalho para o Professor B (que representa o Estado-Juiz), docente da Universidade X (Estado). Considere-se também a existência do Aluno C (defesa). A partir daí, inicia-se o seguinte diálogo:

– Oi, Professor B, tudo bem?

– Oi, Aluno A, tudo bem comigo, e com você?

– Tudo bem também. Professor, quanto tempo tenho para entregar o trabalho?

– Depende.

– Como assim?

– É porque o prazo de entrega depende da nota que eu atribuir ao seu trabalho. Se você tirar 10, o prazo é de 60 dias. Se tirar 9, é 50 dias. Se tirar 8, é 40 dias. E por aí vai...

– Mas eu não sei quanto eu vou tirar!

– Eu sei que você não sabe. Há uma infinidade de coisas que eu levarei em consideração na nota. Não sei se você conseguirá ler todos os textos necessários para atingir o máximo (leia-se: obtenção de provas). Muitos dos critérios de avaliação são incertos, variam de professor para professor (leia-se: oscilação jurisprudencial). E também, no fim das contas, essa coisa de nota é meio subjetiva, os docentes divergem muito (leia-se: dosimetria da pena).

– Mas tinha que ter um prazo fixo! Por que é assim?

– São as regras (leia-se: legislação) da Universidade X. A verdade é que eu vou estipular o prazo depois que você me entregar o trabalho, com base em todas essas coisas que eu te falei. E ainda tem outra coisa...

– O quê?

– Se o Aluno C me mandar outros trabalhos para corrigir (leia-se: atos processuais da defesa), eu vou corrigir o trabalho de vocês só mais para frente. E nesse caso, vou considerar o dia de entrega como o dia em que fiz a correção (leia-se: dia da sentença ou acórdão). Mas isso não vai refletir no cálculo do seu prazo.

– Que absurdo!

– É a vida...

Enquanto a forma de avaliação do Professor B refere-se aos inúmeros fatores que influenciam na decisão judicial e na pena, a situação relativa ao Aluno C tem por escopo representar casos em que a atuação da defesa acaba por atrasar a prolação da sentença ou acórdão, o que não altera o cálculo da prescrição, a qual retroage, mesmo que a acusação não tenha dado causa ao referido atraso.

Trata-se de uma subversão completa da sistemática, seja no campo do Direito, seja em qualquer área: um prazo estipulado após o seu esgotamento, a partir de critérios não sabidos quando do seu início e fluência.

Como se extrai das analogias realizadas na situação hipotética acima, é impossível antever o deslinde de uma ação judicial, o que torna ainda mais grave esse quadro. Além dos diversos elementos que alteram a duração do processo, não há como prever o quantitativo da reprimenda.

A título exemplificativo, a pena do crime de roubo qualificado por lesão corporal grave (CP, art. 157, § 3º, I) varia de 7 a 18 anos. Se fixada em 8 anos, a pena resultará em um prazo prescricional de 12 anos (CP, art. 109, III). Caso seja fixada em 13, o prazo prescricional será de 20 anos (CP, art. 109, I). Tal variação causa um acréscimo de 8 anos no prazo. De uma forma geral, sempre que o intervalo da pena base for extenso, a oscilação de pena será significativa. Frise-se que, dentro do intervalo da pena base, além das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, incidirão as atenuantes e agravantes, o que também promove diferença no montante da pena. Na terceira fase, é possível que se aplique causa de aumento ou diminuição que sequer havia sido pleiteada. Relembre-se, por fim, que também é possível que o juiz efetue *emendatio libelli* na sentença (CPC, art. 383), o que remeterá a aplicação da sanção a um intervalo de pena completamente diferente, situação na qual a imprevisibilidade aqui apontada toma sua forma mais extrema.

Portanto, não bastasse a inadequação de um prazo retroativo, não há como sequer prever a extensão de tal prazo. Tal prognóstico dependeria de dois prenúncios: tempo de duração do processo e pena a ser fixada. A grandeza do prazo é uma surpresa, a qual demanda do Estado um exercício de adivinhação (BUSATO, 2017, p. 591). Talvez por isso não se tenha notícia de algo parecido em outro lugar do mundo.

Com relação a esse ponto, colacione-se trecho do voto do Ministro Dias Toffoli, relator do *Habeas Corpus* n. 122.694, no qual realizou detida análise do Direito comparado:

A prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, com base na pena aplicada na sentença constitui peculiaridade do Código Penal brasileiro, não encontrando similar, até onde é possível discernir, em nenhum outro ordenamento jurídico.

Registro, na parte que interessa, as seguintes legislações alienígenas:

- a) O Código Penal Alemão distingue “prescrição da ação penal”, baseada na pena máxima abstratamente cominada ao crime (§§ 78 e 78.a), de “prescrição da execução” da pena (§ 79), essa sim regulada pela pena aplicada.
- b) O Código Penal Italiano prevê, no art. 157, a “extinção do delito” que se verifica pelo decurso do tempo correspondente ao máximo da pena

cominada, nunca inferior a seis anos na hipótese de crime e a quatro anos quando se tratar de contravenção.

Já no art. 172, ao tratar da prescrição da pena, que se inicia no dia em que a condenação se torna definitiva, estabelece que a pena de reclusão se extingue com o decurso de tempo equivalente ao dobro da pena infligida, em todo caso nunca superior a trinta nem inferior a dez anos.

c) O Código Penal Espanhol, no art. 131, ao tratar da “prescrição do delito”, prevê que os crimes prescrevem em 20 anos quando a pena máxima cominada for de 15 anos ou mais de prisão; em 15 anos, se a pena máxima for a de prisão entre 15 e 10 anos; em 10 anos, quando a pena máxima for prisão superior a 5 anos e não superior a 10, e em 5 anos para os demais crimes, exceto injúria e calúnia, que prescrevem em um ano.

A legislação espanhola trata com maior rigor a prescrição das penas impostas por sentenças definitivas, uma vez que, no art. 133 do Código Penal, determina que prescrevem em 30 anos as penas superiores a 20 anos; em 25 anos, as de prisão iguais ou superiores a 15 anos e que não excedam a 20; em 20 anos, as de prisão superiores a 10 e inferiores a 15 anos; em 15 anos, as de prisão por mais de 5 e que não excedam a 10; em 10 anos, as demais penas graves; em 5 anos, as penas menos graves, e em 1 ano, as penas leves.

d) O Código Penal Português distingue “prescrição do procedimento criminal” (art. 118º), de “prescrição das penas”, a qual “começa a correr no dia em que transitar em julgado a decisão que tiver aplicado a pena”.

A legislação portuguesa, à semelhança da espanhola, estabelece prazos de prescrição da pretensão executória superiores aos prazos de prescrição da pretensão punitiva, com o nítido propósito de prestigiar a efetividade da sanção penal.

e) O Código Penal Argentino prevê, no art. 59, que a “ação penal” se extinguirá pela prescrição nos lapsos temporais abstratamente estabelecidos em seu art. 62.

No art. 65, estabelece que as penas de reclusão ou prisão prescrevem em tempo igual ao da condenação e que as penas de multa prescrevem em dois anos, contados esses prazos da meia-noite do dia em que notificado o réu da condenação definitiva (art. 66).

f) O Código Penal Colombiano distingue “prescrição da ação penal” e “prescrição da sanção penal”. Determina, no art. 83, que a “ação penal” prescreverá em um tempo igual ao máximo da pena fixada em lei, se for privativa de liberdade, mas em nenhum caso será inferior a 5 anos nem excederá a 20, salvo genocídio, desaparecimento forçado e tortura, que prescrevem em 30 anos.

No art. 89, estabelece que a pena privativa de liberdade, ressalvados tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico colombiano, prescreve no termo para ela fixado na sentença ou no restante a executar, não sendo, em nenhum caso, inferior a 5 anos.

g) O Código Penal Chileno determina, no art. 94, que a ação penal prescreve, nos crimes a que se comina prisão perpétua, em 15 anos e, nos demais crimes, em 10 anos. Por sua vez, ao tratar da prescrição das penas impostas por “sentença executória” (art. 97) – que se inicia na data do trânsito em julgado da sentença ou da sua violação, desde que se tenha iniciado o seu cumprimento (art. 98) –, estabelece os mesmos prazos genéricos para a prescrição da ação penal, sem considerar a quantidade de pena concretizada na sentença.

h) O Código Penal Mexicano determina que a ação penal prescreverá em um “prazo igual ao termo médio aritmético da pena privativa de liberdade cominada por lei ao delito de que se trate, mas em nenhum caso será inferior a três anos” (art. 105).<sup>[8]</sup>

No HC mencionado, o STF decidiu pela constitucionalidade da Lei n. 12.234, de 2010, que restringiu a aplicação da prescrição retroativa à data posterior ao recebimento da denúncia. No caso, a defesa pleiteava a declaração de inconstitucionalidade da legislação, alegando que o direito à prescrição é, implicitamente, direito fundamental, e que a inovação trazida pela lei eliminou possibilidades de reconhecimento desse direito.

A irresignação contra a mudança foi fruto do *status* de “normalidade” atingido pela prescrição retroativa. A comunidade jurídica atual é integrada por gerações de juristas que nasceram na vigência da redação original da Reforma de 1984, que positivou o pensamento imbuído na Súmula n. 146 do STF.

Não só parou-se de questionar o malfadado instituto, como se chegou ao disparate de arguir a inconstitucionalidade da lei supramencionada, com base em um suposto “direito fundamental à prescrição

retroativa a ser declarada entre a data do fato e do recebimento da denúncia." Essa é posição, inclusive, de renomados autores, a saber, Cezar Bitencourt (2014, p. 908), para quem a supressão operada pela lei viola o princípio da proporcionalidade e a garantia da razoável duração do processo. Tal constatação causa espanto.

Quanto à legislação estrangeira, percebe-se que há clara separação entre os momentos anterior e posterior à fixação da pena, o que reforça o raciocínio de que a decisão condenatória evidencia o interesse do Estado em repreender o réu, utilizando-se, após a sentença, o critério da pena justa, individualizada para cada caso. Pelo que se sabe, em nenhuma outra nação, além do Brasil, chegou-se à conclusão de que esse critério deve prevalecer a ponto de retroagir, ferindo a lógica da estipulação de um prazo e em detrimento de uma pena cuja finalidade é clara, justamente porque foi imposta na condenação.

A ironia de Damásio de Jesus, citado por Guaragni (2008, p. 125), reflete de forma fidedigna a prescrição retroativa:

Isso lembra a história de um sacerdote que, na missa de sábado à noite recomendou aos fiéis que a procissão do dia seguinte seria às quatro horas da tarde, salvo se viesse a chover, caso em que ela seria realizada às nove horas da manhã.

## 5 Considerações finais

O ponto central do presente artigo é simples: a prescrição é um prazo, e prazos não retroagem. A fixação de um lapso temporal, cuja data final constitui o limite para a realização de determinado ato, parte dos seguintes pressupostos: a) a ciência do destinatário acerca do tamanho do lapso; b) o início da contagem do tempo em momento posterior à ciência.

A obstinação de parcela da comunidade jurídica pela prescrição com base na pena justa, a pena fixada na sentença, criou um instituto teratológico: um requisito temporal calculado com elementos descobertos após a sua própria data-fim.

Nessa cruzada liberal, perdeu-se de vista a própria razão de ser da prescrição: avaliar a viabilidade da ação penal e a utilidade da imposição da pena, ambas reforçadas pelo édito condenatório.

Que se dê outro nome a essa aberração jurídica formada pelo ordenamento pátrio. Não é um prazo.

Acrescente-se a esse panorama a completa ausência de previsibilidade acerca da duração do processo e do montante da sanção.

A inconstitucionalidade da prescrição retroativa é sustentada por Guaragni (2008, p. 125), por ferimento aos princípios da certeza e utilidade dos prazos, os quais decorrem do devido processo legal (Constituição Federal, art. 5º, LIV).

Solução diferente, sugerida por Busato (2017, p. 591), aponta que o Estado poderia tomar a pena mínima como referência, o que subverteria a aplicação do próprio artigo que regula a matéria. No entanto, o próprio autor adverte que a terceira fase da dosimetria pode levar à sanção aquém do mínimo estipulado no preceito secundário da norma incriminadora.

Como contraponto, não se deve perder de vista a razoável duração do processo. De fato, não se pode eternizar a possibilidade de persecução penal. Mas de tal constatação não decorre a manutenção da modalidade prescricional retroativa. O princípio pode ser resguardado diretamente pela previsão dos prazos anteriores e posteriores à fixação da pena, com a previsão parcimoniosa de marcos interruptivos, sem necessidade de qualquer retroação.

Infelizmente, a redação original do Projeto de Lei n. 1.383, de 2003, que gerou a Lei n. 12.234, de 2010, não foi aprovada. Caso fosse, manter-se-ia a utilização do critério da pena justa, aplicando-o após a condenação, como é feito em tantos outros países.

De qualquer forma, certo é que a prescrição retroativa merece ser banida do Direito brasileiro pelas razões expostas neste estudo. A ausência desse instituto em outros ordenamentos conhecidos nos dá um sinal de quão infeliz é a sua existência.

Diante de todo esse quadro, a melhor solução seria o delineamento de um novo arcabouço legislativo, sem a possibilidade de prescrição retroativa e com prazos equilibrados, a resguardar, em um só tempo, a razoável duração do processo e a análise acerca da utilidade de imposição da pena.



## Referências

- BARBOSA, RUI. **Oração aos moços**. Discurso aos bacharelados da Faculdade de Direito de São Paulo em 1920. [S. l.]: Martinelli, 1921.
- BISCAIA, Antonio Carlos. Projeto de Lei n. 1.383, de 2003. Altera os artigos 109 e 110 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. [Revoga a prescrição retroativa, determina a contagem da prescrição somente a partir do recebimento da denúncia ou da queixa de um crime]. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, 22 jul. 2003. p. 34250-34251. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=122756>. Acesso em: 5 out. 2018.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
- CORUJA, Fernando. Emenda [de Plenário] n. 4, de 2007. Ao Substitutivo do Projeto de Lei n. 1.383, de 2004, do Senhor Antonio Biscaia, que altera os artigos 109 e 110 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, 7 mar. 2007. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/CD%2041%202007%2011409FINAL.pdf#page=172>. Acesso em: 5 out. 2018.
- GUARAGNI, Fábio André. **Prescrição penal e impunidade**: crítica ao sistema prescricional brasileiro. 1. ed., 2. tir. Curitiba: Juruá, 2008.
- HOUAISS, A. *et al.* **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Versão Monousuário 3.0. Instituto Antonio Houaiss. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2009.
- JESUS, Damásio de. **Prescrição penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral, parte especial. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SILVA, Luis Antonio Gama e. Exposição de motivos do Código Penal de 1969. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 6, n. 24, p. 153-170, out./dez. 1969. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496757>. Acesso em: 12 set. 2018.

## Notas

- [1] “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.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 438**. Brasília, 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=SUMU&sumula=438>. Acesso em: 19 set. 2022).
- [2] BRASIL. **Decreto Federal n. 4.780, de 27 de dezembro de 1923**. Estabelece penas para os crimes de peculato, moeda falsa, falsificação de documentos, e dá outras providências. Rio de Janeiro, 1923. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4780-27-dezembro-1923-568835-publicacaooriginal-92160-pl.html>. Acesso em: 10 set. 2018.
- [3] BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 12 set. 2018.
- [4] “Prescrição: deve ser declarada se entre o momento da última causa interruptiva e a sentença condenatória, de que não apelou o Ministério Público, decorreu tempo suficiente, tendo-se em vista a pena concretizada.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus n. 38.186. Pacte.: Maria Rosa Costa Pereira Gomes. Impte.: Valed Perry. Relator: Min. Nelson Hungria. **Diário de Justiça**, 7 ago. 1961).
- [5] “Súmula 146. A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 146**. Brasília, 1963. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2050>. Acesso em: 19 set. 2022).
- [6] BRASIL. **Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal. Brasília, 1969. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 20 set. 2018.
- [7] “Súmula 604. A prescrição pela pena em concreto é somente da pretensão executória da pena privativa de liberdade.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 604**. Brasília, 1984. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula604/false>. Acesso em: 19 set. 2022).
- [8] “Habeas corpus. Penal. Prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, com base na pena aplicada na sentença. Incidência entre a data do fato e a do recebimento da denúncia. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 110, § 1º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 12.234/2010.

Abolição, apenas parcial, dessa modalidade de prescrição. Exame da proporcionalidade em sentido amplo. Submissão da alteração legislativa aos testes da idoneidade (adequação), da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Constitucionalidade reconhecida. Liberdade de conformação do legislador. Inexistência de ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da humanidade da pena, da culpabilidade, da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), da isonomia (art. 5º, II, CF) e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF). Análise de legislação comparada em matéria de prescrição penal. Ordem denegada.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no *Habeas Corpus* n. 122.694. Relator: Min. Dias Toffoli. **Diário da Justiça Eletrônico**, 19 fev. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=301797629&ext=.pdf>. Acesso em: 5 out. 2018. p. 43-51).